Zivilrechtliche Haftung öffentlicher und privater Badeanstalten

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

DIETER WEBER
von Bern und Täuffelen (Kt. Bern)

Juris Druck + Verlag Zürich
1977

Zivilrechtliche Haftung öffentlicher und privater Badeanstalten

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

DIETER WEBER
von Bern und Täuffelen (Kt. Bern)

Juris Druck + Verlag Zürich
1977

Die Fakultät hat diese Arbeit am 20. Januar 1977 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Alfred Maurer als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV. LEIDEN BIBL.

ISBN 3 260 04215 6

Meiner Mutter und meiner Frau

sowie

im Andenken an meinen Vater

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548908_0007

Ich möchte es nicht unterlassen, an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Alfred Maurer, für seine verständnisvolle Betreuung und wertvollen Anregungen bei der Verfassung der vorliegenden Arbeit bestens zu danken.

Besonderer Dank gebührt auch meiner lieben Frau, die mir tatkräftig und geduldig alle Schreibarbeiten abgenommen hat.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
ERSTER TEIL : Die Badeanstalt	
§ 1 Begriff und Funktion der Badeanstalt	1
1. Die Badeanstalt als Sportanlage	1
2. Die Badeanstalt als Wettkampfstätte	2
3. Die Badeanstalt als Ruhe- und Erholungsgebiet	2
4. Die Badeanstalt zur medizinischen Therapie	3
§ 2 Die verschiedenen Arten von Badeanstalten	4
1. Naturbäder an Seen, Flüssen und Bächen	4
2. Bäder mit künstlichen Becken in oder an natürlichen Gewässern	4
3. Bäder mit künstlichen Becken und Wasseraufbereitung	4
§ 3 Die öffentliche Badeanstalt	5
1. Als öffentliche Sache	5
2. Als öffentliche Anstalt	6
3. Schlussfolgerung	7
§ 4 Die private Badeanstalt	9
§ 5 Die Schwimm- und Badeunfälle	10
1. Allgemeines	10
2. Unfallorte und Verletzungsarten	10

Seite

ZWEITER TEIL : Die ausservertragliche Haftung der Badeanstalt

I. Die Werkeigentümerhaftung nach OR 58 12

§ 1 Die Rechtsnatur der Werkeigentümerhaftung 12

§ 2 Die Badeanstalt als Werk 14

1. Der Begriff des Werkes 14

2. Subsumtion der Badeanstalt unter den Werkbegriff 15
a) bei Hallenbädern 16
b) bei Freiluftbädern 17

§ 3 Die Mangelhaftigkeit als Voraussetzung für die Werkeigentümerhaftung 19

1. Der Begriff des Werkmangels 19

2. Die Art der Werkmängel 20
a) Mängel infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung 20
b) Mängel infolge mangelhaften Unterhalts 21

§ 4 Werkmängel bei Badeanstalten 23

1. Standort 23

2. Beckenbau 24

3. Sprunganlage 25

4. Rettungsmaterial 27

5. Mangelhafter Unterhalt 28

6. Allgemeine Sicherungspflicht 29

§ 5 Das Haftungssubjekt 30

1. Die gesetzliche Regelung 30

2. Die Auslegung des Begriffs "Werkeigentümer" 30

§ 6 Die Werkhaftung bei öffentlichen Badeanstalten 36

		Seite
II.	Die Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679	38
§ 7	Allgemeines zur Haftung	38
	1. Das Wesen	38
	2. Der Anwendungsbereich	39
§ 8	Die Grundeigentumsüberschreitung als Voraussetzung der Haftung nach ZGB 679	41
	1. Im allgemeinen	41
	2. Ueberschreitungen bei Badeanstalten	43
	a) Materielle Immissionen	43
	aa) Lärm	43
	bb) Geruch	44
	cc) Flutlicht	45
	b) Immaterielle (ideelle) Immissionen	46
§ 9	Die Subjekte der Haftung	47
	1. Die Aktivlegitimation	47
	2. Die Passivlegitimation	48
	a) bei privaten Badeanstalten	48
	b) bei öffentlichen Badeanstalten	49
III.	Die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55	53
§ 10	Allgemeines zur Haftung	53
	1. Die Rechtsnatur	53
	2. Die Haftungsvoraussetzungen	54
	a) positive	54
	b) negative	55
	3. Das Haftungssubjekt	56
	a) im allgemeinen	56
	b) bei Badeanstalten	56
§ 11	Die Abgrenzung Organ / Hilfsperson in bezug auf die Stellung der Angestellten einer Badeanstalt	57

Seite

§ 12 Der öffentlich-rechtliche Betriebsinhaber einer Badeanstalt als Geschäftsherr im Sinne von OR 55 61

1. Allgemeines 61

2. Der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt als "gewerbliche Verrichtung" im Sinne von OR 61, Abs. 2 62

3. Schlussfolgerung 64

IV. Die Haftung nach OR 41 66

§ 13 Allgemeines zur Haftung 66

1. Die Rechtsnatur 66

2. Die Haftungsvoraussetzungen 67

§ 14 Der Anwendungsbereich von OR 41 68

1. Im allgemeinen 68

2. Bei Badeanstalten 69
a) Die Badeanstalt als gefährlicher Zustand 69
b) Die Schutzmassnahmen bei Badeanstalten 69
aa) Betriebsregeln und Warnungen 70
bb) Aufsicht und Rettungsdienst 71

V. Ausschluss, Ermässigung und Regress 74

§ 15 Ausschluss der Haftung durch Befreiungsgründe 74

1. Terminologie 74

2. Die Entlastungsgründe 74

3. Die besonderen Befreiungsgründe 76

§ 16 Die Ermässigung der Haftung 78

§ 17 Der Regress 80

Seite

DRITTER TEIL : Die vertragliche Haftung der Badeanstalt

I. Die Rechtsverhältnisse zwischen einer Badeanstalt und deren Benützern 81

§ 1 Bei privaten Badeanstalten 81
1. Allgemeines 81
2. Die Art des Vertrages 82
3. Der Inhalt des Vertrages 84
a) Die Vertragspflichten seitens des Betriebsinhabers der Badeanstalt 84
aa) bauliche Erfordernisse 86
bb) Aufsicht 86
cc) Rettungsmaterial und Rettungsdienst 87
b) Die Vertragspflichten seitens des Benützers der Badeanstalt 87

§ 2 Bei öffentlichen Badeanstalten 88
1. Allgemeines 88
2. Das Benutzungsverhältnis bei öffentlichen Badeanstalten 92

§ 3 Das Rechtsverhältnis zwischen Badeanstalt und "Schwarzbesucher" 94
1. Der Begriff des Schwarzbesuchers 94
2. Die Art des Rechtsverhältnisses 94

II. Die Haftungsnormen bei einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen Badeanstalt und Benützer 96

§ 4 Die Haftung nach OR 97 96
1. Allgemeines 96
2. Die Haftungsvoraussetzungen 97
3. Der Anwendungsbereich 98
a) im allgemeinen 98
b) bei Badeanstalten 99

Seite

§ 5 Die Haftung für Hilfspersonen mach OR 101 100

1. Allgemeines 100

2. Die Anwendung von OR 101 bei Schäden in Badeanstalten 101

III. Die Beschränkung und Wegbedingung der Haftung durch Vertrag 102

§ 6 Allgemeine Grundsätze 102

§ 7 Die Wegbedingung der Haftung im Verhältnis zwischen Badeanstalt und Benützer 104

1. Die Form der Wegbedingungsklausel 104

2. Die Folgen der Wegbedingung 105

IV. Die Haftung des Gemeinwesens beim öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis zwischen Badeanstalt und Benützer 107

§ 8 Allgemeine Grundsätze 107

§ 9 Die Haftung bei Badeanstalten 108

VIERTER TEIL : Die Mehrheit von Haftungsgründen beim Betriebsinhaber einer Badeanstalt

§ 1 Die Kollision von OR 41 und einer Kausalhaftungsnorm des OR oder ZGB 109

§ 2 Die Kollision von vertraglichen und ausservertraglichen Haftungsgründen 112

Literaturverzeichnis

Zitiert werden - mit Ausnahme von gleichnamigen Autoren - nur Geschlechtsname des Verfassers und Seitenzahl, bei Kommentaren Geschlechtsname des Autors und Gesetzesartikel mit entsprechender Randnote. Bei mehreren Werken des gleichen Verfassers wird zur Unterscheidung eine besondere Zitierweise angegeben. Zeitschriften werden nach Jahrgang bzw. Erscheinungsjahr und Seitenzahl zitiert.

Ackermann J.	Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht Diss. Zürich 1931
Arbenz E.	Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen Diss. Zürich 1929
Arpagaus R.	Die selbständigen öffentlichen Anstalten des Kantons Aargau Diss. Zürich 1968
Auer H.	Die Haftung für Hilfspersonen mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes Diss. Bern 1933
Bachmann E.	Die nachbarliche Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts Diss. Bern 1937
Baer Ch.	Sportschädigungen beim Kunst- und Turmspringen Diss. med. Bern 1940

Barth H.R.	Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung. Unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung Diss. Zürich 1957
Becker H.	"Berner Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Obligationenrecht OR Art. 1 - 183 2.A, Bern 1941
Blumer H.	Die Haftung für Schädigungen durch unbewegliche Sachen Diss. Zürich 1940
Böckli A.	Die Billigkeitshaftung des Art. 58 des schweizerischen Obligationenrechts Diss. Bern 1918
Brockhaus F.A.	Lexikon, Bd. I 16.A, Wiesbaden 1952
Burckhardt C. Chr.	Die Revision des schweizerischen OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht in: ZSR 22, S. 469 ff
Egger A.	"Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Einleitung und Personenrecht ZGB Art. 1 - 89 2.A, Zürich 1930
Eichenberger R.	Zivilrechtliche Haftung des Veranstalters sportlicher Wettkämpfe Diss. Zürich 1973
Fleiner F.	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 8.A, Zürich 1939
Flume W.	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II 2.A, Berlin 1975
Forsthoff E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I 10.A, München 1973

Froelicher R.	Die Abgrenzung der Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB Diss. Bern 1950
Gautschi G.	"Berner Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Obligationenrecht, OR Art. 394 - 406 2.A, Bern 1960
	Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen in: Festgabe für Karl Oftinger Zürich 1969 zit. Festgabe Oftinger
Gayler E.	Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen Diss. Zürich 1944
Giacometti Z.	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts Bd. I Zürich 1960
	Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweiz. Bundesgerichts Tübingen 1924 zit. Grenzziehung
Giger H.	Grundsätzliche Ueberlegungen zum Immissionenschutz in: SJZ 65, S. 201 ff
Guhl/Merz/Kummer	Das Schweizerische Obligationenrecht 6.A, Zürich 1972 zit. Guhl
Grisel A.	Droit administratif Suisse Neuchâtel 1970
Hafter P.	Das Lärmproblem in der Praxis der Gerichts- und Verwaltungsbehörden Diss. Zürich 1957
Heusser W.	Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem Diss. Zürich 1949

Jeker H.	Die Voraussetzungen der Haftung für Werkschaden Diss. Bern 1938
Jellinek W.	Verwaltungsrecht 3.A, Offenburg 1948
Imboden/Rhinow	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, 5.A, Basel 1976 Bd.II, 5.A, Basel 1976 zit. Imboden
Imboden M.	Der verwaltungsrechtliche Vertrag in: ZSR 77, S. 1a ff zit. Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Keller A.	Haftpflicht im Privatrecht 2.A, Bern 1971
Kleppe P.	Die Haftung bei Skiunfällen in den Alpenländern München & Berlin 1967
Kubli F.	Haftungsverhältnisse bei Sportveranstaltungen Diss. Zürich 1952
Lanz H.	Die Haftung des Staates als Eigentümer von Werken Diss. Zürich 1958
Larenz K.	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 2.A, München 1972
Leuthold M.	Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlich-rechtliche Rechtssachen Diss. Zürich 1970
Liver P.	"Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Sachenrecht / Grunddienstbarkeiten, ZGB Art. 730 - 792 2.A, Zürich 1968
Mayer O.	Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II 3.A, München & Leipzig 1924

Maurer A.	Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts 2.A, Bern 1963
Maurer Th.	Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht Diss. Bern 1974
Meier-Hayoz A.	"Berner Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Sachenrecht Grundeigentum I, ZGB Art. 655 - 679 3.A, Bern 1974 Grundeigentum II, ZGB Art. 680 - 701 3.A, Bern 1975
	Technische Entwicklung und Fortbildung des privatrechtlichen Immissionsschutzes in: Rechtsprechung im technischen Zeitalter, Zürich 1961 zit. Rechtsordnung im technischen Zeitalter
Merz H.	"Berner Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Einleitung, ZGB Art. 1 - 10 Bern 1962
Meyer W.	Schwimm- und Badeunfälle im Hallenbad Zürich von 1941 - 1966 Diss. med. Zürich 1969
Müller E.	Das Eigentum an den öffentlichen Sachen im schweizerischen Recht in: ZSR 31, S. 207 ff
Nawiasky H.	Das Rechtsverhältnis zwischen den öffentlichen Betrieben und ihren Benützern in: SJZ 36, S. 197 ff
Neuenschwander M.	Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht Diss. Bern 1971
Normalien	Anleitung für den Bau von Turn-, Spiel-, Sport- und Freizeitanlagen in: Schriftenreihe der Eidg. Turn- und Sportschule Magglingen, Nr. 14 Magglingen 1966

Oftinger K.	Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, 4.A, Zürich 1975 Bd. II/1, 3.A, Zürich 1970
	Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts Zürich 1956 zit. Lärmbekämpfung
	Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts 2.A, Zürich 1973 zit. Bundesgerichtspraxis
Oser/Schönenberger	"Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Obligationenrecht, OR Art. 1 - 183 2.A, Zürich 1929
Portmann P.	Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 335 Bern 1958
	Die Ersatzpflicht bei gegenseitiger Schädigung mehrerer Haftpflichtiger und der Regress des Sachversicherers in: ZBJV 90, S. 1 ff zit. Portmann, ZBJV
Roemer R.	Der Rechtsschutz gegen Störung von Eigentum und Besitz sowie gegen Grundeigentumsüberschreitungen Diss. Bern 1948
Roos G.	Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des bernischen Staatsbeamten und die Haftung des Staates in: ZBJV 75, S. 322 ff
Rothenhäusler C.	Die Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers nach schweizerischem Zivilrecht Diss. Zürich 1919
Schlechtriem P.H.	Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung Frankfurt a.M. 1972
Schnyder von Wartensee M.	Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen Diss. Zürich 1945

Schönenberger/Jäggi	"Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch", Obligationenrecht, OR Art. 1 - 17 3.A, Zürich 1973
Schönholzer G.	Die biologischen Werte des Schwimmens in: Planung und Bau von Turn- und Sportstätten (Vorträge) Baden 1966
Schoop A.	Die Mangelhaftigkeit des Werkes als Voraussetzung der Haftung des Werkeigentümers nach schweizerischem Recht Diss. Bern 1941
Schwarzenbach H.R.	Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts 6.A, Bern 1975
Stark E.	Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB Habilitationsschrift, Zürich 1952
	Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden) Diss. Zürich 1946 zit. Entlastungsgründe
Staudinger J.	Kommentar zum BGB, Bd. II, Teil 5, §§ 823 - 835 10./11.A, Berlin 1975
	Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldverhältnisse, §§ 433 - 610 11.A, Berlin 1955
Steinbrüchel R.	Organ und Hilfsperson. Eine Studie zur Haftung der sog. juristischen Personen nach ZGB Art. 55, Abs. 2 Diss. Zürich 1947
Stiffler H.K.	Die Haftung der Seilbahnunternehmungen für ausservertragliche Schädigungen Diss. Zürich 1959
Stratenwerth G.	Schweizerisches Strafrecht Bd. I Bern 1973

Tuor/Schnyder	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch 9.A, Zürich 1975 zit. Tuor
von Tuhr/Escher	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts Bd. II, 3.A, Zürich 1974
von Tuhr/Peter	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts Bd. I, 3.A, Zürich 1974
Weiss R.	Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht Diss. Bern 1947
Wolff H.J.	Verwaltungsrecht Bd. II 3.A, München 1970

Zeitschriften und Sammlungen von Gerichtsentscheiden

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
BlZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung
BGE	Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
Prax	Die Praxis des Bundesgerichts
Semjud	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Sten.Bull.NR	Stenografisches Bulletin des Nationalrates
VAargR	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Abkürzungsverzeichnis

A	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
and. M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
Bg.	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
eidg.	eidgenössische
Erw.	Erwägung
EntG	BG über die Enteignung vom 20.6.1930
ELG	BG betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24.6.1930
EHG	BG betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post vom 28.3.1905
f / ff	und der (die) folgende(n)
gl. M.	gleicher Meinung
i.S.	in Sachen
lit.	Litera
m.E.	meines Erachtens
n. pbl.	nicht publiziert

N	Note
Nr.	Nummer
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
S.	Seite
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19.12.1958
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
zit.	zitiert

ERSTER TEIL : Die Badeanstalt

§ 1 Begriff und Funktion der Badeanstalt

Unter einer Badeanstalt versteht man im allgemeinen eine Anlage, die dem Menschen zur Befriedigung verschiedener Bedürfnisse, jedoch immer im Zusammenhang mit Wasser, sei es direkt oder indirekt, dient.

Aus dieser Begriffsumschreibung lässt sich ableiten, dass eine Badeanstalt mehrere Funktionen haben kann. So erscheint sie als:

- Sportanlage
- Wettkampfstätte
- Ruhe- und Erholungsgebiet
- Ort für medizinische Therapie.

1. Die Badeanstalt als Sportanlage

Es ist unbestritten, dass heute im allgemeinen, vor allem unter jungen Leuten, mehr Sport betrieben wird als früher. Diese Erscheinung ist praktisch auf allen Gebieten des Sportes festzustellen, so auch beim Schwimmsport. Das Sportprogramm der meisten Schulen enthält heute z.B. den obligatorischen Schwimmunterricht.

Sicher ist Schwimmen eine sportliche Leistung. Man muss sich aber bewusst sein, dass zwischen Schwimmen und Leistungsschwimmen ähnliche Unterschiede bestehen wie zwischen Marschieren und leichtathletischem Wettkampflauf. Es wurde jedoch festgestellt, dass bereits relativ kurze Schwimmleistungen einen grossen Wirkungserfolg auf das

Herz-Kreislauf-Atmungssystem haben. So können wir eine Schwimmleistung über 100 Meter mit einem Zeitaufwand von 1 Minute biologisch ziemlich genau mit der Leistung eines 400-Meter-Laufs auf der Bahn mit einem Zeitaufwand von ca. 50 Sekunden vergleichen (1).

Diese Erkenntnisse führen dazu, dass jede Badeanstalt, in der man schwimmen kann, als Sportanlage betrachtet werden muss.

2. Die Badeanstalt als Wettkampfstätte (2)

Schwimmen, Kunstspringen und Wasserball gehören heute so gut wie Schnellauf, Skifahren, Fussball usw. auf die Liste der Wettkampfsportarten. Das beweisen die vielen Wettkämpfe, die im Rahmen von Schulwettkämpfen bis hin zu den Olympischen Spielen durchgeführt werden.

Dadurch wird fast jede Badeanstalt von Zeit zu Zeit zu einem Wettkampfsportplatz. Ob dabei das Schwimmbecken oder der Sprungturm internationalen Wettkampfreglementen und Normen entspricht, spielt keine Rolle. Massgebend ist vielmehr die Tatsache, dass sich die Teilnehmer sportlich messen können.

3. Die Badeanstalt als Ruhe- und Erholungsgebiet

Sozusagen jede Badeanstalt hat nebst dem eigentlichen Bade- und Schwimmgebiet grössere oder kleinere Nebenanlagen. Diese können in Form von Spiel- und Ruhewiesen oder in gewissen Fällen in Form von Erholungsräumen angelegt sein (3).

Man darf also ohne weiteres eine Badeanstalt als Ruhe- und Erholungsgebiet betrachten.

---

(1) Schönholzer, S. 9

(2) Als Wettkampfdisziplinen kommen in Frage: Wettschwimmen, Kunstspringen und Wasserball.

(3) "Normalien 1967", S. 108

4. Die Badeanstalt zur medizinischen Therapie

Man muss hier unterscheiden zwischen den normalen Thermalbädern, den sogenannten Thermen, und den eigentlichen Heilquellen.

Die ersten öffentlichen Thermen wurden 33 v. Chr. von Agrippa in Rom erbaut. Im Laufe der Kaiserzeit wurden sie immer grösser und prächtiger. Mittelpunkt aller Thermen war die Badeanlage, die aus einem Schwimmbecken, einem Kaltwasserbad, einem auf lauwarmer Temperatur gehaltenen Luftbad, einem Schwitzbad und einem Heisswasserbad bestand. Dazu kamen Räume für Aerzte und Masseure sowie Hallen und Plätze für Sportübungen (4). Dieser Aufbau der Thermen ist bis auf den heutigen Tag übernommen worden.

Heilquellen sind Quellgewässer, die sich durch einen besonders hohen Gehalt an Mineral- oder anderen Stoffen, durch den Gehalt an Radium oder Radiumemanation oder durch höhere Temperatur von anderen Quellen unterscheiden und dadurch heilkräftig wirken (Gesundbrunnen) und zu Trink- und Badekuren gebraucht werden (5).

Hier seien einige der wichtigsten Heilquellen der Schweiz aufgezählt:

- Schinznachbad
- Ragaz-Pfäfers
- Leukerbad
- Schuls-Tarasp
- Baden

Aus diesen Darstellungen geht hervor, dass es ohne weiteres zulässig ist, die Thermalbäder und die Heilquellen unter den allgemeinen Begriff einer Badeanstalt zu subsumieren.

---

(4) Brockhaus, Bd. XI, S. 491

(5) Brockhaus, Bd. V, S. 348

§ 2 Die verschiedenen Arten von Badeanstalten

Nebst der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Freiluft- und Hallenbädern können die Schwimm- und Badeanlagen in bautechnischer Hinsicht noch folgendermassen gegliedert werden[1]:

1. Naturbäder an Seen, Flüssen und Bächen

   Sie erfordern ausser gewissen Abschrankungen, Toiletten und Garderoben wenige bauliche Einrichtungen. Sie werden nur an günstig gelegenen und beschaffenen Orten errichtet.

2. Bäder mit künstlichen Becken in oder an natürlichen Gewässern

   Im Gegensatz zu den eigentlichen Naturbädern (Ziff. 1) bedient man sich hier nur des See- oder Flusswassers. Dieses wird in künstlich gebaute Schwimm- oder Planschbecken geleitet und verhilft so auch dem Nichtschwimmer zum Genuss eines "Naturwasserbades"[2].

3. Bäder mit künstlichen Becken und Wasseraufbereitung

   Während man bei den Naturbädern auf geeignete natürliche Gegebenheiten und Orte angewiesen ist, lassen sich Badeanlagen mit künstlichen Becken und Wasseraufbereitung beinahe überall bauen. Aus diesem Grund, und nicht zuletzt wegen der zunehmenden Gewässerverschmutzung, findet man heute vorwiegend nur noch solche Anlagen. Die Hallenbäder gehören durchwegs zu diesem Bädertypus.

---

(1) "Normalien 1967"

(2) Beispiel: Lorraine-Bad, Bern

§ 3 Die öffentliche Badeanstalt

1. Als öffentliche Sache

Liegenschaften und Fahrnis, deren sich der Staat oder ein öffentlich-rechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, nennt man öffentliche Sachen (1). Diese müssen jedoch nicht notwendigerweise im Eigentum des Gemeinwesens sein. So kann z.B. eine Strasse, deren Eigentümer ein Privater ist, durch Widmung zur öffentlichen Strasse werden (2).

Zu den öffentlichen Sachen gehören nach Lehre (3) und Praxis (4) die Sachen im Gemeingebrauch und das Verwaltungsvermögen.

Das Wesen des Gemeingebrauches hat das Bundesgericht in BGE 75 I 14 in folgender Weise allgemeingültig zu umschreiben versucht: "Der Gemeingebrauch besteht in der einer besonderen Erlaubnis nicht bedürftigen Benutzung der Sache. Er erschöpft sich in den Benutzungsmöglichkeiten, von denen eine unbestimmte Zahl von Benützern gleichzeitig individuellen Gebrauch machen kann, ohne einander zu hindern."

Das Verwaltungsvermögen umfasst diejenigen Sachen, die zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben notwendig sind, oder mit den Worten Fleiners (5): "die den Apparat für den Betrieb öffentlicher Anstalten darstellen".

---

(1) Imboden, II, S. 809 / Schwarzenbach, S. 173

(2) Müller, ZSR 31, S. 207 ff, insbesondere S. 223

(3) Forsthoff, S. 376 / Fleiner, S. 352 / Schwarzenbach, S. 173

(4) BGE 96 I 468

(5) a.a.O., S. 353

Eine öffentliche Badeanstalt kann demzufolge als öffentliche Sache bezeichnet werden. Es gehört heute zur Aufgabe der öffentlichen Hand und liegt im öffentlichen Interesse, Sport und Volkshygiene zu fördern und entsprechende Einrichtungen und Anlagen bereitzustellen. Deshalb dürfte BGE 55 II 195/198 insofern überholt sein, als nämlich eine öffentliche Badeanstalt nicht zum Finanzvermögen (6), sondern zum Verwaltungsvermögen zu rechnen ist (7).

2. Als öffentliche Anstalt

Die Zusammenfassung von Personen und Sachen zu einem Betrieb wird schon im allgemeinen Sprachgebrauch als Anstalt bezeichnet (z.B. Kreditanstalt, Waschanstalt, Badeanstalt usw.). Dies trifft auch in der juristischen Terminologie zu, definiert doch schon Jellinek (8) eine öffentliche Anstalt als eine Verbindung von sachlichen und persönlichen Mitteln, durch die der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt eine spezielle Aufgabe erfüllt (9). In der öffentlichen Anstalt erscheint somit regelmässig eine fest umschriebene Aufgabe der öffentlichen Verwaltungstätigkeit. Sofern diese einen Teil der allgemeinen Verwaltungstätigkeit des Staates oder der Gemeinde bildet, besitzt die Anstalt keine eigene Rechtspersönlich-

---

(6) Das Finanzvermögen gehört nach neuerer Anschauung nicht zu den öffentlichen Sachen und untersteht zumeist dem Privatrecht. Man rechnet dazu die Sachen, die durch ihren Kapitalwert oder durch ihre Erträgnisse dem Staat oder der Gemeinde einen Teil der finanziellen Mittel zur Führung der öffentlichen Verwaltung liefern. Als Beispiele seien erwähnt: Bargeld, Renditenhäuser, staatliche Fabrikbetriebe, Domänen usw.

(7) gl. M. Oftinger, II/1, S. 26

(8) a.a.O., S. 513

(9) in Anlehnung an Mayer, S. 268

keit; es handelt sich somit um eine unselbständige Anstalt. Hat aber das Gesetz für die Erfüllung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe Mittel und Personen derart aus der allgemeinen Verwaltungsorganisation ausgeschieden, dass jene nicht nur technisch selbständig, sondern zudem noch rechtsfähig sind, spricht man von einer selbständigen Anstalt. Während die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch jedermann frei [10] zugänglich sind, ist die Benutzung der übrigen anstaltlich verwalteten öffentlichen Sachen von einer besonderen Zulassung abhängig [11]. Diese Zulassung kann formlos erfolgen und braucht an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft zu sein, wie z.B. Ortszugehörigkeit oder Bezahlung einer Eintrittsgebühr. Oft verlangt aber die Art der Institution (z.B. höhere Schule) oder ihre beschränkte Kapazität (Schwimmbad) eine gewisse Begrenzung des möglichen Benutzerkreises [12].

3. Schlussfolgerung

In Ziff. 1 haben wir festgestellt, dass eine öffentliche Badeanstalt eine öffentliche Sache ist und dem Verwaltungsvermögen zugerechnet werden muss. Damit aber die Verwaltung die spezielle Aufgabe - Betreiben und Unterhalten eines Schwimmbades - erfüllen kann, verbindet sie sachli-

---

(10) Während Imboden, II, S. 821, Grisel, S. 295, und BGE 100 Ia 136 der Meinung sind, dass der Gemeingebrauch immer unentgeltlich sei, vertritt Forsthoff, S. 390, die Auffassung, dass die Erhebung einer Benutzungsgebühr mit dem Gemeingebrauch nicht in Widerspruch stehe.

(11) Wolff, S. 337

(12) BGE 100 Ia 287: Hier hat eine Gemeinde die Benutzung des Hallenbades vom Wohnsitz bzw. vom Heimatort abhängig gemacht. Das Bg. hat diese Begrenzung zugelassen mit der Begründung, dass es zur Gemeindeautonomie gehöre, die Benutzung ihrer Anstalten frei zu regeln.

che [13] und persönliche [14] Mittel zu einer Einheit. Dadurch entsteht gemäss Ziff. 2 eine Anstalt. Normalerweise bildet der Betrieb einer Badeanstalt nur einen Teil der allgemeinen Verwaltungstätigkeit. Das hat zur Folge, dass die meisten öffentlichen Badeanstalten wohl eher unselbständige als selbständige Anstalten sind.

---

(13) Bassins, Installationen, Bauten

(14) Badmeister, Sanität

§ 4 Die private Badeanstalt

Grundsätzlich versteht man unter einer privaten Badeanstalt ein Schwimmbad, dessen Eigentümer nicht das Gemeinwesen oder eine andere öffentlich-rechtliche Institution ist. Dabei ist nicht entscheidend ob die Anlage jedermann offen steht oder der Kreis der Benützer beschränkt ist (1).

Eigentümerin einer privaten Badeanstalt kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein. Angesichts der hohen Bau- und Unterhaltskosten ist es heute jedoch selten, dass eine natürliche Person als Eigentümerin eines jedermann zugänglichen Schwimmbades erscheint. Viel eher kommt als solche eine juristische Person in Betracht (2).

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass grössere, jedermann zugängliche private Badeanlagen oft in Form eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens auftreten. Ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen liegt grundsätzlich dann vor, wenn sich ein Gemeinwesen an einem privaten Unternehmen finanziell (3) beteiligt und dadurch an der Leitung und Verwaltung mitwirkt (4).

Immer mehr setzt sich jedoch die Auffassung durch, dass man schon dann von einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sprechen kann, wenn sich das Gemeinwesen zwar nicht am Kapital beteiligt, jedoch an der Verwaltung durch Abordnung seiner Vertreter zur Wahrung öffentlicher Interessen (5) aktiv mitwirkt (6).

---

(1) Hotelhallenbäder, private Swimming-pools

(2) z.B. Verein, Stiftung, Genossenschaft, AG usw.

(3) z.B. durch Aktienerwerb

(4) Arbenz, S. 1 ff

(5) Vgl. dazu in bezug auf die Badeanstalten § 3, Ziff. 1. Das öffentliche Interesse kann beispielsweise darin bestehen, dass jedermann die Anlage zu einem günstigen Preis benutzen kann.

(6) so z.B. Heusser, S. 21, N2 / Grisel, S. 151 ff

§ 5 Die Schwimm- und Badeunfälle [1]

1. Allgemeines

Unfälle beim Schwimmsport im engeren Sinne sind im Verhältnis zu anderen Sportarten eher selten. Zählt man jedoch die Badeunfälle dazu, so ist ihre Anzahl doch recht beträchtlich. So stehen die Schwimm- und Badeverletzungen heute mit 9 % aller Sportverletzungen, nach den Ski-, Fussball-, Turn- und Leichtathletikunfällen, an vierter Stelle [2]. Diese Statistik wird noch zusätzlich durch die Ertrinkungstodesfälle [3] belastet. Allein während der Badesaison (Sommer) 1975 ertranken in der Schweiz 52 Personen, im Jahre 1974 deren 51 und in den beiden Vorjahren 100 bzw. 101 [4].

2. Unfallorte und Verletzungsarten

Nach einer von Meyer [5] gemachten Untersuchung [6] ereig-

---

(1) Als Unfall im Rechtssinn gilt: "jede plötzliche, nicht beabsichtigte, schädigende Einwirkung eines mehr oder weniger ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper" (Oftinger, I, S. 93).

(2) Meyer, S. 3

(3) Diese sind als Unfälle zu betrachten, denn die Todesursache besteht im plötzlichen Eindringen des Wassers in die Atmungsorgane. Stirbt hingegen ein Schwimmer im Wasser infolge eines Herzschlages oder einer Zirkulationsstörung, so ist er das Opfer eines krankhaften Zustandes und nicht eines Badeunfalles im Rechtssinne, selbst wenn der Aufenthalt im Wasser teilkausal gewesen sein mag (vgl. hiezu A. Maurer, S. 110).

(4) Angaben der Pressestelle der SLRG; vgl. auch "Bund" Nr. 217 vom 15.9.75

(5) a.a.O., S. 10 ff

(6) Diese bezieht sich allerdings nur auf Unfälle im Hallenbad der Stadt Zürich in den Jahren 1941 - 1966, ist m.E. jedoch ohne weiteres auch für andere Badeanstalten aufschlussreich und brauchbar.

nen sich die Unfälle in Badeanstalten mit abnehmender Häufigkeit an folgenden Orten:

a) in den Bassins:
   - bei Start- bzw. Kopfsprüngen in Becken mit zu wenig tiefem Wasser
   - bei Kollisionen mit dem Bassinrand
   - bei Sprüngen von Sprungtürmen und -brettern
   - beim Schwimmen und Tauchen

b) in der Bassinumgebung:
   - durch Ausgleiten auf Vorplätzen, Treppen usw., weil diese in nassem Zustand glitschig sein können
   - durch Eintreten von Fremdkörpern, insbesondere Splittern von Holzrosten.

Die Folgen dieser Schwimm- und Badeunfälle sind u.a. (7): Kopfschwartenrisse, Beinverletzungen, Wirbelsäuleverletzungen, Nasenbeinbrüche, Schulterluxationen, Halswirbelbrüche, Thoraxprellungen, Augenverletzungen (8).

Interessant ist, dass bei der von Meyer gemachten Untersuchung im Hallenbad der Stadt Zürich bei keinem der 14 Todesopfer in den Jahren 1941 - 1966 Ertrinkungsbefunde erhoben werden konnten, sondern der Tod entweder durch Halswirbelbruch, Hirnblutung oder durch Ersticken in der Tauchmaske erfolgte.

Diese Tatsache ist m.E. auf folgendes zurückzuführen: Hallenbäder sind normalerweise bedeutend kleiner und weniger stark frequentiert als Freiluftanlagen. Dadurch ist es der Aufsicht möglich, die Badegäste besser zu überwachen und bei Unfällen einzugreifen, bevor der Verunfallte im Wasser ertrinkt.

---

(7) Die Aufzählung erfolgt nach Häufigkeit der Verletzungsart.

(8) vgl. Meyer, S. 10, und insbesondere Baer bezüglich Schädigungen beim Kunst- und Turmspringen

ZWEITER TEIL : Die ausservertragliche Haftung der Badeanstalt

I. DIE WERKEIGENTUEMERHAFTUNG [1] NACH OR 58

§ 1 Die Rechtsnatur der Werkeigentümerhaftung

OR 58 bestimmt, dass der Eigentümer eines Gebäudes oder Werkes den Schaden zu ersetzen hat, den diese infolge fehlerhafter Anlage, Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung verursachen.

Die blosse Tatsache allein, dass ein Gebäude oder ein anderes Werk den Schaden verursacht hat, begründet aber noch keineswegs die Haftung aus OR 58. Diese ist vielmehr nur dann gegeben, wenn eine fehlerhafte Konstruktion oder ein anderer Mangel den Schaden verursacht hat. Das bedeutet - so möchte man zunächst annehmen -, dass die Werkeigentümerhaftung eine Pflichtverletzung voraussetzt, nämlich die Vernachlässigung der Aufgabe, ein Gebäude oder Werk nach den Regeln der Kunst zu erstellen und in einwandfreiem Zustand zu erhalten. Da eine Pflichtverletzung an sich ein Verschulden darstellt [2], liegt der Schluss nahe, die Werkeigentümerhaftung als Verschuldenshaftung zu bezeichnen. Die Werkeigentümerhaftung

---

(1) oder Werkhaftung

(2) Oftinger, II/1, S. 7

wird jedoch in Literatur [3] und Praxis [4] durchwegs als Kausalhaftung [5] betrachtet. Daher wird mit Recht darauf hingewiesen, dass das Vorhandensein eines Verschuldens dogmatisch nicht die Voraussetzung sein kann, um den Werkeigentümer haftbar zu machen [6]. Dieser hat nämlich selbst dann zu haften, wenn er den Mangel auch bei pflichtgemässer Sorgfalt nicht hätte aufdecken und beseitigen können [7].

Dass es sich um eine Kausalhaftung handelt, folgt ebenfalls aus dem Umstand, dass der Werkeigentümer auch für fremdes Verhalten einzustehen hat. Er haftet somit selbst dann, wenn eine Drittperson den Mangel des Werkes herbeigeführt hat, und zwar ohne dass man dem Eigentümer eine schuldhafte Beziehung zu diesem Dritten vorwerfen kann (z.B. unsorgfältige Auswahl des Unternehmers durch den Bauherrn) [8].

---

(3) Oftinger, II/1, S. 7 / Guhl, S. 192, u.a.m.

(4) BGE 35 II 243 u.a.m. zu aOR 67, für viele BGE 91 II 212 zu OR 58

(5) Als Kausalhaftung bezeichnet man diejenige Haftungsart, bei welcher der Verantwortliche ohne Rücksicht auf sein Verschulden haftet, sofern zwischen Schaden und schädigendem Ereignis der notwendige Kausalzusammenhang besteht (vgl. im Speziellen: Oftinger,I, S. 16 ff / Keller, S. 30 / Guhl, S. 188).

(6) Oftinger, II/1, S. 7/8

(7) BGE 69 II 398

(8) Oftinger, II/1, S. 8

§ 2 Die Badeanstalt als Werk

1. Der Begriff des Werkes

Die in OR 58 begründete Haftung des Werkeigentümers erstreckt sich auf Gebäude und andere Werke. Im Gesetz werden allerdings die beiden Begriffe "Gebäude" und "andere Werke" nicht definiert, so dass sie durch Lehre und Rechtsprechung im Laufe der Zeit konkretisiert werden mussten.

Keine Probleme stellt der Begriff "Gebäude" dar. Als solches ist grundsätzlich jedes Bauwerk zu verstehen, bei dem künstlich errichtete Wände irgendwelche Räume umschliessen (1).

Mehr Schwierigkeiten bietet der Ausdruck "anderes Werk". Einen Hinweis darauf, was als solches anzusehen ist, liefert die von C. Chr. Burckhardt (2) anlässlich der Revision des OR vorgeschlagene Formulierung, wonach ein Werk eine durch die menschliche Tätigkeit hergestellte oder verwendete leblose Sache ist. Diese Umschreibung umfasst bereits mehr, als Gerichtspraxis und Literatur in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Obligationenrechts unter dem Begriff verstanden wissen wollten. Der Begriff des Werkes wurde nämlich an jenen des Gebäudes angeknüpft. So musste ein Werk eine körperliche (3) oder wirtschaftliche (4) Aehnlichkeit mit einem Gebäude aufweisen oder gleichartige Schädigungsmöglichkeiten haben (5).

---

(1) so Oftinger, II/1, S. 28

(2) a.a.O., ZSR 22, S. 565

(3) BGE 42 II 42 / Rothenhäusler, S. 28/29 / Schoop, S. 29

(4) BGE 42 II 42 /Blumer, S. 24

(5) Stiffler, S. 67

Rechtsprechung und Literatur haben sich von dieser engen Vorstellung gelöst und betrachten heute die folgende Definition Oftingers [6] als massgebend für den Werkbegriff: "Werke sind stabile, mit der Erde direkt oder indirekt verbundene, künstlich hergestellte oder angeordnete Gegenstände" [7].

Das Bundesgericht hat diese Definition in einem neueren Entscheid [8] wie folgt übernommen und bestätigt: "Dass der Fussweg, auf dem die Klägerin verunfallte, ein Werk im Sinne von OR 58 ist, wird vom Beklagten mit Recht nicht bestritten, denn es handelt sich dabei nicht um einen ausgetretenen Fusspfad, sondern um einen angelegten Weg, d.h. um eine stabile, durch Umgestaltung des natürlichen Erdbodens künstlich hergestellte und mit diesem verbundene Anlage, was nach Lehre und Rechtsprechung das kennzeichnende Merkmal eines Werkes ist."

Bei diesem neueren Werkbegriff ist die Stabilität des Werkes ein entscheidendes Merkmal. Sie ist jedoch nicht so aufzufassen, dass nur Gegenstände in Betracht fallen, die endgültig an dem Ort bleiben, wo sie einmal aufgestellt worden sind. Nach Oftinger [9] genügt eine relative Stabilität, d.h. dass z.B. mobile Zuschauertribünen oder Sprungtürme ohne weiteres als Werke bezeichnet werden dürfen, wenn sie für die Zeit ihrer Verwendung am Boden befestigt sind.

2. Subsumtion der Badeanstalt unter den Werkbegriff

In § 2 wurde in baulicher Hinsicht zwischen Hallen- und

---

(6) a.a.O., Bd. II/1, S. 31
(7) so auch Guhl, S. 193
(8) BGE 91 II 283
(9) a.a.O., Bd. II/1, S. 32

Freiluftbädern unterschieden [10]. Die Frage, ob eine Badeanstalt ein Werk im Sinne von OR 58 darstellt oder nicht, soll nun anhand dieser Unterscheidung beantwortet werden:

a) bei Hallenbädern

Allen Hallenbädern ist eigen, dass der ganze Badebetrieb in einem Gebäude stattfindet. Da OR 58 den Begriff "Gebäude" im Gesetzestext selbst verwendet und die Umschreibung dieses Ausdruckes auf Hallenbäder zutrifft [11], ist es selbstverständlich und muss hier nicht weiter begründet werden, dass das Gebäude, in dem sich der Badebetrieb abspielt, als Werk im Sinne von OR 58 zu betrachten ist.

Nun interessieren hier nicht vorab das Gebäude als solches, sondern vielmehr die spezifischen Einrichtungen eines Hallenbades. Sämtliche Anlagen, wie Schwimmbekken, Garderoben, feste Sprungtürme usw., sind als Bestandteile [12] anzusehen. Als solche kann man sie entweder als selbständige Werke im Sinne von OR 58 betrachten, oder man kann die Hauptsache an sich - hier das Hallenbadgebäude - als Werk bezeichnen, wobei dann ein Mangel eines Bestandteils als Mangel der Hauptsache erscheint [13].

Nun verfügt aber jede Badeanstalt [14] noch über spe-

---

(10) vorne S. 4

(11) vgl. Ziff. 1, S.14

(12) Bestandteil ist nach ZGB 642, Abs. 2 jeder körperliche Gegenstand, welcher nach der am Orte üblichen Auffassung zum Bestand einer Sache gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann.

(13) Oftinger, II/1, S. 36

(14) Hallen- und Freiluftbäder

zielle Zugehör [15], die zu ihrem Betriebe unerlässlich ist. Zu denken ist an Rettungsmaterial, Absperreinrichtungen usw.

Solcher Zugehör kommt normalerweise mangels einer festen Verbindung mit dem Boden keine eigene Werkqualität zu. Trotzdem kann sie Werkeigenschaft erlangen, wenn sie gemäss ihrer Bestimmung in körperliche Verbindung zur Hauptsache tritt und funktionell zu einem Teil davon wird. Ein Mangel der Zugehör wird dann als Mangel der Hauptsache betrachtet [16]. Da das Rettungsmaterial solche Zugehör darstellt, hat das Bundesgericht [17] mit Recht das Fehlen von Rettungsgeräten in Badeanstalten als Mangel des ganzen Werkes betrachtet.

b) bei Freiluftbädern

Während die Hallenbäder ohne weiteres unter den Begriff "Gebäude" subsumiert werden können, stellt sich bei den Freiluftbädern die Frage, ob diese als Werke im Sinne von OR 58 betrachtet werden können oder nicht. Das Bundesgericht hat sie in mehreren Entscheiden [18] bejaht und alle Freiluftbäder - insbesondere auch die Naturbäder [19] - als Werke bezeichnet. Dies ist richtig, denn jedes

---

(15) Zugehör sind nach ZGB 642, Abs. 2 die beweglichen Sachen, die nach der am Orte üblichen Auffassung oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in der sie ihr zu dienen haben.

(16) Oftinger, II/1, S. 37

(17) BGE 55 II 196

(18) nicht veröffentlichter Entscheid vom 31.10.61 i.S. Société fermière de la patinoire et piscine de Montchoisi gegen Alain Rossier / BGE 74 II 155 / BGE 64 II 198 / BGE 55 II 196

(19) vgl. § 2, Ziff. 1, vorne S. 4

künstliche Schwimm- und Planschbecken ist eine durch Menschenhand entstandene stabile Konstruktion oder Anordnung, die mit der Erde verbunden ist [20].

Zu jeder Freiluftbadeanlage gehören nebst den Schwimmbecken gewisse Installationen und Umgebungsbauten [21]. Wie bei den Hallenbädern sind diese Einrichtungen als Bestandteile bzw. Zugehör anzusehen und demzufolge ebenfalls entweder als selbständige Werke im Sinne von OR 58 oder als Teile eines solchen zu betrachten [22].

Ebenso darf die in Freiluftbadeanlagen eigens angelegte Spielwiese als Werk betrachtet werden [23]. Diesbezüglich sei hier noch eine Stelle aus einem neueren Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts [24] wiedergegeben, in dem ein mit einer Spielwiese vergleichbares Reitviereck als Werk bezeichnet worden ist: "Eine Liegenschaft wird z.B. dann zum Werk, wenn sie durch menschliche Einwirkung in der Absicht umgebildet wird, bestimmte sportliche Bedürfnisse zu befriedigen (vgl. ZR 56, Nr. 101, S. 206 f). So ist der Erdboden eines Reitviereckes in A. an sich zwar kein Werk; dadurch aber, dass er - wenn auch nur durch Planierung, Ausstattung mit geeignetem Bodenbelag und Einzäunung - zu Reitzwecken zubereitet worden ist, konnte er Werkqualität erlangen."

---

(20) vgl. Definition des Werkes von Oftinger, vorne S. 15

(21) z.B. Garderoben, Toiletten, Duschen, Sprung- und Startanlagen sowie Abschrankungen

(22) vgl. vorne lit. a)

(23) vgl. Eichenberger, S. 37

(24) SJZ 61, S. 28

§ 3 Die Mangelhaftigkeit als Voraussetzung für die Werkeigentümerhaftung

1. Der Begriff des Werkmangels

Obschon der Werkeigentümer kausal haftet, ist er nicht schlechthin für jeden durch ein Werk im Sinne von OR 58 verursachten Schaden verantwortlich. Nebst dem Vorhandensein eines Werkes hat der Gesetzgeber vielmehr die Haftung noch an die Voraussetzung geknüpft, dass entweder eine "fehlerhafte Anlage oder Herstellung" oder eine "mangelhafte Unterhaltung" des Werkes den Schaden herbeigeführt hat. Ist eine dieser Voraussetzungen gegeben, so spricht man von einem Mangel des Werkes (1).

Praxis (2) und Literatur (3) haben präzisiert, wann die Voraussetzungen für die Mangelhaftigkeit eines Werkes gegeben sind. Das Resultat kann dahin zusammengefasst werden, dass einem Werk dann ein Mangel eigen ist, wenn es durch seine Konstruktion oder seinen Unterhalt die unfallfreie, bestimmungsgemässe Benutzung nicht gewährleistet (4) oder wenn es nicht so beschaffen ist, dass es eine ungefährliche Existenz und Funktion garantiert (5).

Daraus lässt sich ableiten, dass ein Werk insbesondere nur dann als mängelfrei gilt, wenn es mit den notwendigen Schutzvorrichtungen versehen ist (6), wobei diese nicht

---

(1) Oser/Schönenberger, N 7 zu OR 58

(2) vgl. Kasuistik bei Oftinger, II/1, S. 54 ff

(3) Keller, S. 146 ff / Guhl, S. 193 f / Oftinger, II/1, S. 39 ff

(4) Eichenberger, S. 42 / BGE 95 II 234

(5) Lanz, S. 3 / Oftinger, II/1, S. 42

(6) So BGE 77 II 311: "Zur richtigen Anlage gehören nach der Praxis auch die den jeweiligen Verhältnissen angepassten Sicherungsvorkehren."

nur die Benützer des Werkes, sondern auch unbeteiligte Dritte, die zufällig - aber nicht unberechtigterweise - in den Bereich des Werkes gelangen, vor Gefahren zu schützen haben (7).

Weiter geht aus den in Literatur und Praxis massgebenden Kriterien hervor, dass für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit eines Werkes auf den einzelnen, konkreten Fall abzustellen ist. Dabei sind nach Lehre (8) und Praxis (9) der Zweck, die Funktion, die örtlichen Verhältnisse und die grössere oder geringere Schädigungsmöglichkeit des Werkes massgebend. Deshalb hat man z.B. in einer Privatwohnung geringfügige Vertiefungen im Fussboden in Kauf zu nehmen (10), während andererseits in einem jedermann zugänglichen Gebäude die Böden in einwandfreiem Zustand zu halten sind, so "dass sie auch von Leuten, die nur über eine verminderte körperliche Gewandtheit verfügen, sowie auch ohne Aufwendung besonderer Aufmerksamkeit gefahrlos betreten werden können" (11).

2. Die Art der Werkmängel

Nach OR 58, Abs. 1, können folgende Arten von Werkmängeln unterschieden werden:

a) Mängel infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung

Hier sind normalerweise Werkmängel die Folge eines bautechnischen Fehlers. Ein solcher liegt beispielsweise

---

(7) Oftinger, II/1, S. 42

(8) Keller, S. 147 / Oftinger, II/1, S. 45 / Schoop, S. 36

(9) BGE 38 II 74 / BGE 72 II 201 / BGE 84 II 266

(10) BGE 66 II 111 f

(11) BGE 57 II 50: Hier handelt es sich um ein Gerichtsgebäude.

dann vor, wenn ungeeignetes Material verwendet[12] oder ein Werk zufolge fehlerhafter Pläne nicht richtig konstruiert wird[13] oder aber wenn die handwerkliche Arbeit zu wünschen übrig lässt.

Nebst diesen eigentlichen Konstruktionsfehlern können sich aber auch Mängel zeigen, die ihre Ursachen in einer ungeeigneten örtlichen oder räumlichen Anordnung des Werkes haben[14]. Mit Recht hat deshalb das Kassationsgericht des Kantons Zürich[15] festgehalten, "dass es ein Mangel dieses Werkes (hier ein Reitviereck) ist, wenn es an einem zum Zureiten von Pferden ungeeigneten Orte liegt, obwohl der Eigentümer einen geeigneten Ort hätte wählen können"[16].

b) Mängel infolge mangelhaften Unterhalts

Im Gegensatz zu den Mängeln infolge fehlerhafter Erstellung eines Werkes stehen die Fehler, die auf einen mangelhaften Unterhalt zurückzuführen sind. Solche Mängel liegen dann vor, wenn die erforderlichen Reparaturen und Unterhaltsarbeiten nicht gehörig ausgeführt werden und das Werk deshalb nicht mehr in gebrauchsfähigem Zustand ist[17]. Ferner kann als Unterhaltsmangel betrachtet werden, wenn das Werk nicht technischen Neuerungen angepasst wird. Dazu muss aber festgehalten werden, dass die Nichtanpassung an den Stand der Technik nicht allein als Kriterium zur Annahme eines Werkmangels

---

(12) BGE 61 II 78, Erw. 2

(13) Schoop, S. 37

(14) Oftinger, II/1, S. 41 / Eichenberger, S. 46 / Schoop, S. 37

(15) SJZ 61, S. 28

(16) ähnlich auch schon BGE 26 II 837 / BGE 27 II 588

(17) Schoop, S. 47 / Becker, N 9 zu OR 58 / BGE 60 II 341: Defekte Treppenhausbeleuchtung wird nicht ersetzt.

massgebend ist, sondern vielmehr ein blosses Indiz darstellt [18], denn die in OR 58 stillschweigend vorausgesetzten Schutz- und Sorgfaltspflichten [19] des Eigentümers sind nicht unbegrenzt [20]. Sie finden unter anderem dort ein Ende, wo die Kosten der Beseitigung nachträglich eintretender Mängel oder die Erstellung einer technisch neueren Anlage entweder aus finanziellen Gründen nicht zumutbar sind oder in keinem Verhältnis zum Schutzinteresse der Werkbenützer und des Publikums stehen [21].

---

(18) Oftinger, II/1, S. 47

(19) Dass solche Pflichten bestehen, geht einerseits indirekt aus dem Gesetz hervor (vgl. vorne § 1, S. 12) und andererseits aus dem ungeschriebenen Fundamentalsatz der Rechtsordnung, wonach immer dort eine Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird (Oftinger, I, S. 88 / Schnyder von Wartensee, S. 62).

(20) vgl. BGE 81 II 452

(21) Oftinger, II/1, S. 47

§ 4 Werkmängel bei Badeanstalten

Obschon bei Badeanstalten die meisten Unfälle [1] auf die Gefährlichkeit des Wassers an sich und auf die Unvorsichtigkeit einzelner Benützer zurückzuführen sind, wird der Schaden oft auch durch eine fehlerhafte Konstruktion oder einen mangelhaften Unterhalt der Anlage verursacht. In den folgenden Abschnitten wird nun, gestützt auf die Literatur [2] und die bundesgerichtliche Rechtsprechung, auf verschiedene Punkte hingewiesen, die bei der Planung, beim Bau und beim Betrieb eines Schwimmbades berücksichtigt werden sollten, damit die Anlage eine unfallfreie, bestimmungsgemässe Benutzung gewährleistet und somit werkmängelfrei ist.

1. Standort

Wie vorne in § 3, Ziff. 2 a festgestellt worden ist, gehört zur mängelfreien Konstruktion eines Werkes die richtige örtliche und räumliche Anordnung der Anlage. Diesem Punkt ist besonders bei Freiluftbädern eine nicht zu unterschätzende Bedeutung beizumessen. So muss bei der Wahl des Standortes darauf geachtet werden, dass die Anlage einerseits gegen Einwirkungen von aussen abgeschirmt ist und sie andererseits die Umgebung nicht gefährden kann [3]. Lässt sich kein geeigneter Ort finden oder ist die Verschiebung einer bereits bestehenden Anlage nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand möglich, so sind alle zumutbaren Vorkehrungen [4] zu treffen, damit die Umgebung nicht gefährdet ist [5].

---

(1) Es handelt sich m.E. beinahe ausschliesslich um Personenschäden.

(2) "Normalien 1967" und Eichenberger

(3) Eichenberger, S. 46

(4) Umzäunungen, Absperrungen usw.

(5) z.B. durch Bälle, die über die Anlage hinausgelangen können (vgl. SJZ 61, S. 28)

2. Beckenbau

Es zeigt sich bei allen Badeanstalten, dass die Kombination der Becken für Schwimmer mit denjenigen für Nichtschwimmer einen der grössten Gefahrenherde darstellt. Immer wieder kommt es vor, dass Nichtschwimmer ins Schwimmerabteil gelangen, dort keinen Stand haben und ertrinken.

Damit solche Unfälle mit grösstmöglicher Sicherheit vermieden werden können, sollte das Nichtschwimmerbecken vom Schwimmerbassin völlig getrennt angelegt werden. Da jedoch der Bau solcher Anlagen aus verschiedenen Gründen nicht immer und überall möglich ist, sind die kombinierten Bekken nach wie vor sehr verbreitet. Es wäre nun aber m.E. sicher unrichtig, solche Becken ganz allgemein als mangelhaft im Sinne von OR 58 zu bezeichnen, denn ein Um- oder Neubau wäre infolge der unverhältnismässig hohen Kosten meistens unzumutbar (6).

Hingegen müssen bei kombinierten Bassins geeignete Schutzmassnahmen getroffen werden, damit verunmöglicht wird, dass ein Benützer unbewusst (7) und unabsichtlich (7) vom Nichtschwimmer- ins Schwimmerabteil gelangen kann.

In diesem Sinne hat das Bundesgericht (8) festgehalten:

> "Gegen die in dieser Beschaffenheit des Bodens (dieser fiel gegen die Bassinmitte von 1,45 m auf 2,9 m ab) liegende Gefahr hätten daher irgendwelche Vorkehren getroffen werden müssen, durch welche die Badenden aufmerksam gemacht worden wären. Das Fehlen jeglicher Schutzvorkehren stellt einen Mangel in der Anlage dar" (9).

---

(6) gl. M. Eichenberger, S. 49

(7) Eichenberger, S. 49

(8) BGE 64 II 198 f

(9) ähnlich auch BGE 55 II 196

Als solche Schutzvorkehrungen werden vom Bundesgericht [10] und von Eichenberger [11] genannt: feste Abschrankung, schwimmende Bojen, Warnungstafeln oder unterschiedliche Bodenfarben. M.E. gibt es aber nur ein taugliches, in jedem kombinierten Becken verwendbares Mittel: die feste Abschrankung in Form eines Absperrnetzes, wie es etwa an Seen verwendet wird, um Fische von den Badenden fernzuhalten. Dieses muss von der Wasseroberfläche bis zum Bassinboden reichen. Schwimmende Bojen oder ähnliche Vorkehrungen genügen nicht, denn im Wasser spielende und tauchende Kinder können diese ungewollt missachten und plötzlich ins tiefe Wasser geraten. Ebenso sind blosse Warntafeln, die auf die Gefährlichkeit des Beckens hinweisen, ungenügend, ist doch ein grosser Teil der Badenden des Lesens unkundig (vorschulpflichtige Kinder) oder fremdsprachig (Feriengäste).

3. Sprunganlage

Die Sprunganlage und ihre Kombination mit dem Schwimmerbecken stellt eine weitere Gefahrenquelle dar. Es ist nicht selten, dass ein Springer auf einen Schwimmer hinunterspringt und diesen dabei verletzt oder mindestens erheblich gefährdet [12]. Obschon solche Unfälle nicht primär auf einen Werkmangel, sondern vielmehr auf die Unvorsichtigkeit und Fahrlässigkeit der Benützer zurückzuführen sind, seien hier einige Punkte erwähnt, die beim Bau und Betrieb einer Sprunganlage zu beachten sind, damit eine Haftung nach OR 58 ausgeschlossen werden kann.

Die beste Lösung wäre auch hier die vollständige bauliche

---

(10) BGE 64 II 199 / BGE 55 II 196

(11) a.a.O., S. 49, N 88

(12) BGE vom 31.10.61 i.S. Rossier (n.pbl.)

Abtrennung der Sprunganlage vom Schwimmerbecken [13]. Lässt sich dies jedoch nicht realisieren, so ist nach Eichenberger [14] darauf zu achten, dass sich bei kombinierten Bekken [15] die Sprungbahn und die Schwimmrichtung nicht kreuzen. Ist auch eine solche Gestaltung des Beckens nicht möglich, so dürfen entweder Sprunganlage und Schwimmbecken nur abwechslungsweise freigegeben werden oder die Sprunganlage ist vom Schwimmgebiet wirksam abzugrenzen. So das Bundesgericht [16]:

> "Si l'on ouvre un bassin simultanément aux plongeurs et aux nageurs, on choisit un mode d'exploitation qui implique, on l'a vu, un risque spécial, auquel on peut parer de diverses manières (surveillance accrue, chaîne ou corde avec flotteurs, écritaux etc.) .... On peut se demander si l'absence de toute installation de signalisation constitue un défaut de l'ouvrage." [17]

Beim Bau der Sprunganlage ist weiter darauf zu achten, dass das Sprungbecken tief genug ist, damit der Springer nicht am Boden aufschlagen kann. Dass andernfalls ein Werkmangel vorliegt, geht indirekt aus BGE 74 II 158 her-

---

(13) "Normalien 1967", S. 115

(14) a.a.O., S. 49

(15) Im Gegensatz zu Ziff. 2 handelt es sich hier um eine Kombination von Schwimmbecken und Sprunganlage.

(16) BGE vom 31.10.61 i.S. Rossier (n. pbl.)

(17) Das Bg. hat dann - m.E. zu unrecht - doch keinen Werkmangel angenommen, sondern den Unfall auf einen Mangel in der Organisation des Badebetriebes zurückgeführt. Dabei ist doch ein Werk gerade dann nicht mängelfrei, wenn die unfallfreie, bestimmungsgemässe Benutzung (hier gleichzeitige Benutzung eines Bassins durch Springer und Schwimmer) nicht gewährleistet ist (vgl. § 3, Ziff. 1, S. 19).

vor [18], in welchem das Bundesgericht am Schluss seiner Erwägungen festhält: "Cela étant, la défenderesse comme propriétaire de l'établissement de bains d'Yverdon, est de toute façon responsable de vices de construction ou d'un défaut d'entretien de la passerelle qui forme corps avec la plage."

4. Rettungsmaterial

Zu jeder Badeanstalt gehört das nötige Rettungsmaterial[19]. Fehlt solches oder ist es unbrauchbar, so ist dies nach Oftinger [20] und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Mangel im Sinne von OR 58 zu betrachten. Dazu BGE 55 II 196 [21]:

"Die Beklagte (Gemeinde Buochs) ist daher als Werkeigentümerin dafür verantwortlich, dass, wie von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt worden ist, an der im See angebrachten sogenannten Turnstange, die zugleich die äusserste Grenze für Nichtschwimmer bedeutete, keine bezüglichen Warnungstafeln angebracht worden waren und zudem jegliche geeignete Rettungsgeräte (ein Gartenrechen kommt als solches nicht in Frage) fehlten; denn hiebei handelt es sich um Vorkehrungen, die zu treffen im Interesse der Sicherheit der Badegäste, zumal da die Badeanstalt auch Kindern zur Verfügung steht, notwendig geboten

---

(18) Das Bg. hatte primär zu entscheiden, wer Haftungssubjekt nach OR 58 ist, wenn ein mangelhafter Sprungturm des Strandbades von Yverdon in den im Eigentum des Kantons Waadt stehenden Neuenburgersee hinausreicht, und nicht die offenbar unbestrittene Frage zu prüfen, ob einem Sprungturm, dessen Wasserbecken zu wenig tief ist, ein Werkmangel eigen ist oder nicht.

(19) z.B. Rettungsringe, -bälle, -stangen und Beatmungsgeräte

(20) a.a.O., Bd. II/1, S. 42

(21) Ein Kind ertrank in einer Seebadeanstalt.

und der Beklagten auch zuzumuten gewesen wären. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass dies die Frage der Haftbarkeit aus Art. 58 OR nicht berühre, weil es sich hiebei, zumal mit Bezug auf die Gerätschaften, nicht um einen Mangel an den Gebäulichkeiten selber handle. Eine Anlage ist auch dann im Sinne von Art. 58 OR mangelhaft, wenn die für deren bestimmungsgemässe Benutzung notwendigen Zubehörden fehlen oder mangelhaft sind."

5. Mangelhafter Unterhalt

Es ist bekannt, dass in Badeanstalten die verschiedensten Krankheiten übertragen werden können (22). Es stellt sich nun die Frage, wie weit der Eigentümer einer Badeanstalt für solche Krankheiten nach OR 58 haftbar gemacht werden kann.

Dem Eigentümer einer Badeanstalt wird es kaum möglich sein, jegliche Uebertragung von Infektionskrankheiten zu verhindern. Trotzdem bin ich der Meinung, dass gewisse hygienische Vorkehren getroffen werden müssen, damit die Anlage in dieser Hinsicht als mängelfrei bezeichnet werden kann. Dazu gehört einerseits, dass das Wasser genügend filtriert und desinfiziert (23) wird und andererseits, dass die Garderoben, Toiletten und alle weiteren Nebenräume sauber gehalten werden. Weiter ist es m.E. jedem Eigentümer möglich und zumutbar, z.B. alte Holzroste in den Garderoben durch Gummimatten (24) zu ersetzen und eine von allen Besuchern zu benützende, den heutigen Erkenntnissen entsprechende Fussdesinfektionsanlage (24) anzubringen und zu unterhalten.

---

(22) gemäss Auskunft des Eidg. Gesundheitsamtes: Poliomyelitis, Salmonellen, Typhus, Fusspilz u.a.m.

(23) Chlor, Brom, Ozon

(24) zur Eindämmung der meistverbreiteten Infektionskrankheit: dem Fusspilz

Werden solche Unterhaltspflichten vernachlässigt, so ist die Anlage m.E. nicht mehr mängelfrei im Sinne von OR 58. Der Eigentümer der Badeanstalt kann demzufolge für solche Schäden als Werkeigentümer nach OR 58 haftbar gemacht werden.

Weiter kann sich auf einen mangelhaften Unterhalt der Badeanstalt berufen, wer auf einem glatten Bassinboden zu Fall kommt. Dazu BGE 64 II 198: "Durch das unvermutete, dem Auge nicht erkennbare Abfallen des glatten, nur ungenügende Adhäsion bietenden Bodens wurde ein Gefahrsmoment geschaffen für alle des Schwimmens unkundigen Benützer der Badeanlage." Ebenso steht eine Klage gestützt auf OR 58 m.E. demjenigen zu, der auf einer mit Algen belegten, glitschigen Ein- oder Ausstiegstreppe ausgleitet (25) oder sich an Turngeräten, weil sie rostig oder morsch sind, verletzt (26).

6. Allgemeine Sicherungspflicht

Wie wir in § 3, Ziff. 1 (27) gesehen haben, hat der Eigentümer eines Werkes nicht nur die Benützer, sondern auch Dritte gegen die Gefahren des Werkes zu schützen. Fehlen Schutzmassnahmen in dieser Hinsicht, so ist die Anlage nicht mängelfrei (28). Schwimmanlagen sind demzufolge einzuzäunen oder wenigstens in geeigneter Weise zu kennzeichnen, damit niemand unabsichtlich ins Wasser fallen kann (29).

---

(25) damit vergleichbar: ZBJV 74, S. 621: "Eine zu stark gewichste und dadurch glitschige Treppe ist ein Mangel im Sinne von OR 58." Ebenso VAargR 43, S. 17: "Dagegen muss die Belassung von Schnee und Eisstollen auf der im Inneren des Hauses befindlichen Treppe als mangelhafter Unterhalt bezeichnet werden."

(26) Kubli, S. 50

(27) vorne S. 19 f

(28) Oftinger, II/1, S. 42 und 44 f

(29) Entscheid des Bernischen Obergerichtes vom 1.3.74 i.S. Kim Kiong Hwan, genannt Knöpfli Roman (n.pbl.): Der Knabe konnte durch die Bassinumzäunung schlüpfen, weil diese defekt war, fiel ins Wasser und ertrank.

§ 5 Das Haftungssubjekt

1. Die gesetzliche Regelung

OR 58, Abs. 1 lautet: "Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes hat den Schaden zu ersetzen, den diese infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung verursachen."

Aus diesem Wortlaut geht hervor, dass das Subjekt der Haftung nach einem formalen Kriterium bestimmt wird: Der Eigentümer des mangelhaften Werkes wird schlicht und einfach haftbar erklärt (1). Ob dieser die unmittelbare Herrschaft über das Werk selber ausübt oder ob er sie (als selbständiger Besitzer) einem andern (dem unselbständigen Besitzer) zu einem beschränkten dinglichen oder einem obligatorischen Recht überträgt, spielt keine Rolle (2). Haftpflichtig ist und bleibt der Eigentümer des Werkes und nicht beispielsweise der Mieter oder Pächter.

2. Die Auslegung des Begriffs "Werkeigentümer"

Gemäss dem Akzessionsprinzip nach ZGB 667, Abs. 1 gehört dem Grundeigentümer grundsätzlich alles, was sich unter, auf und über seinem Boden befindet. Insbesondere fallen nach ZGB 667, Abs. 2 auch Bauten darunter. Allein bei

---

(1) Im Gegensatz zur differenzierteren Lösung im BGB (vgl. Staudinger, §§ 836 - 838):
§ 836: Haftbar ist nicht der Eigentümer als solcher, sondern vielmehr der Eigenbesitzer zur Zeit des Unfalles.
§ 837: Verantwortlich für ein Werk ist derjenige, der auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Werk besitzt.
§ 838: Ebenso wird derjenige haftbar, der anstelle des Eigenbesitzers den Unterhalt des Werkes übernimmt.

(2) Oftinger, II/1, S. 21

Fahrnisbauten nach ZGB 677 und bei Installationen, die kraft eines beschränkten dinglichen Rechtes auf einem fremden Grundstück errichtet werden [3], trifft dieser Grundsatz nicht zu, denn solche Werke behalten ihren"besonderen Eigentümer"[4].

Gestützt auf diese sachenrechtlichen Vorschriften wurde früher [5] die Meinung vertreten, dass der Werkeigentümer nach OR 58 notwendigerweise mit dem Grundeigentümer identisch sein müsse. Die neuere Lehre und Praxis haben jedoch in gewissen Fällen dieses starre System der Gleichstellung von "Werkeigentümer" und "sachenrechtlichem Eigentümer" zu Gunsten eines erweiterten Begriffs des Werkeigentümers verlassen. Dazu folgendes:

a) Ein Werk kann aus mehreren Teilen bestehen, die sich auf verschiedenen Grundstücken befinden. Nach Keller[6] ist nun in einem solchen Fall das Werk als Gesamtheit zu betrachten und der Eigentümer des Hauptteils als haftpflichtiger Werkeigentümer nach OR 58 zu erklären[7]. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht in BGE 74 II 157 [8] argumentiert:

> "Mais, même si on part de l'idée que la passerelle est la propriété de l'Etat, on doit reconnaître à la défenderesse la qualité pour résister à l'action. En effet, quoi qu'il en soit des circonstances qui ont amené la Commune d'Yverdon à construire cette

---

(3) z.B. überragende Bauten nach ZGB 674

(4) vgl. ZGB 674 und 677 sowie Oftinger, II/1, S. 23

(5) Rothenhäusler, S. 35 / Jeker, S. 43 f / Böckli, S. 57 ff

(6) a.a.O., S. 141

(7) gl. M. Eichenberger, S. 62/63

(8) Dieser Entscheid betrifft einen Laufsteg des Strandbades Yverdon, der in den im Eigentum des Kantons Waadt stehenden Neuenburgersee hinausreicht.

passerelle, il n'est pas douteux qu'elle fasse partie de l'établissement de bains; en fait en tout cas - et c'est ce qui compte - elle a le caractère d'une installation de la plage et elle est utilisée comme telle. Or, lorsque deux choses juridiquement indépendantes, c'est-à-dire dont l'une n'est pas partie intégrante ou accesoire de l'autre, n'en forment pas moins une unité fonctionnelle, on est en présence d'un seul et même ouvrage, de telle sorte que le défaut affectant celle de ces choses qui est la moins importante se présente comme un défaut de l'autre. Peu importe que les deux choses appartiennent à des propriétaires différents, comme cela peut aussi être le cas pour la partie principale et un accessoire rattaché à elle de façon stable (cf. RO 59 II 176): la responsabilité est encourue par le propriétaire de la partie la plus importante, à savoir de celle qui apparaît comme constitutive de l'ouvrage dans son ensemble, les limites de celui-ci étant alors censées ne point s'arrêter là où s'arrête la propriété (" ... das Werk hört ... nicht da auf, wo das Eigentum daran aufhört", arrêt précité)."

Diese Rechtsprechung ist in einem neueren Entscheid[9] folgendermassen bestätigt worden:

"Für die Bestimmung des im Sinne von Art. 58 OR haftpflichtigen Werkeigentümers sind nicht die Begriffe des Sachenrechtes massgebend, sondern es kommt auf den Zweck an, dem die Werkanlage als Ganzes zu dienen hat. ... Haftpflichtig

---

(9) BGE 91 II 284: Hier handelt es sich allerdings um eine Wegdienstbarkeit.

ist also nach dieser Rechtsprechung, wer die Werkanlage als Ganzes erstellt hat, wer sie benützt und tatsächlich über sie verfügt und darum für ihren Unterhalt zu sorgen hat."

b) Weiter taucht in Lehre und Praxis die Frage auf, ob für den sachenrechtlichen Eigentümer eines Werkes die Haftbarkeit nach OR 58 entfällt, wenn dieses kraft einer Dienstbarkeit durch einen Dritten (den Dienstbarkeitsberechtigten) erstellt und gebraucht wird. Während Oser/Schönenberger (10), Blumer (11) und Keller (12) der Meinung sind, die Werkeigentümerhaftpflicht müsse in einem solchen Fall dem Dienstbarkeitsberechtigten auferlegt werden, vertritt Oftinger (13) die Ansicht, dass aus Gründen der Rechtssicherheit der sachenrechtliche Eigentümer des Werkes Haftungssubjekt ist und bleibt. Das Bundesgericht seinerseits hat bei der Frage, wer Werkeigentümer eines gestützt auf eine Wegdienstbarkeit erstellten Fussweges sei, in einem neueren Entscheid (14) folgendes festgehalten:

"Werkeigentümer im Sinne von Art. 58 OR ist nicht der Eigentümer des Grundstückes, auf welchem der Weg angelegt ist, sondern das Gemeinwesen, das kraft einer Dienstbarkeit über diesen die Herrschaft ausübt."

Das Bundesgericht betont aber in den Erwägungen, dass dieser Entscheid nur für den Fall einer öffentlichen Dienstbarkeit zugunsten eines Gemeinwesens Gültigkeit

---

(10) a.a.O., N 16 zu OR 58

(11) a.a.O., S. 39 f

(12) a.a.O., S. 142 f

(13) a.a.O., Bd. II/1, S. 71 f

(14) BGE 91 II 290

habe; es lässt somit die Frage, ob bei einer Dienstbarkeit zugunsten eines Privaten ebenfalls der Berechtigte hafte, noch offen. In der neuesten Lehre wird jedoch von Keller (15) und Eichenberger (16) die Meinung vertreten, dass auch der private Dienstbarkeitsberechtigte Subjekt der Werkhaftung nach OR 58 sein könne, wenn - so Keller - "eine derartige Stärke der Dienstbarkeitsberechtigung und Eigentumsausübung vorliegt, dass der eigentliche Eigentümer im Hinblick auf Werkmängel als ausgeschaltet erscheint". Diese Ansicht, die auf eine vollständige Trennung zwischen "sachenrechtlichem Eigentümer" und "Eigentümer nach OR 58" hinausläuft, ist m.E. aus folgenden Gründen richtig:

Wenn man davon ausgeht, dass OR 58 eine gewisse Verwandtschaft mit ZGB 679 (Verantwortlichkeit des Grundeigentümers im nachbarrechtlichen Verhältnis) aufweist (17) und nach ZGB 679 auch der Dienstbarkeitsberechtigte (18) belangt werden kann, obschon der Wortlaut von ZGB 679, gleich wie derjenige von OR 58, nur die Haftung des "Eigentümers" vorsieht, dann sollte dies doch auch für OR 58 Geltung haben. Dies umso mehr, als die Haftung nach ZGB 679 eher strenger ist als diejenige nach OR 58 (19). Weiter scheint mir - im Gegensatz zu Oftinger (20) - die Rechtssicherheit auch dann gewährleistet zu sein, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte nach OR 58 belangt werden kann. Es ist nicht schwieriger, den un-

---

(15) a.a.O., S. 143

(16) a.a.O., S. 61

(17) so BGE 91 II 287 / Eichenberger, S. 57

(18) vgl. Meier-Hayoz, N65 zu ZGB 679 / Liver, N107 zu ZGB 737

(19) Die Haftung des Grundeigentümers ist nicht an einen mangelhaften Unterhalt oder an eine fehlerhafte Anlage oder Herstellung gebunden (Tuor, S. 569)

(20) a.a.O., Bd. II/1, S. 71

terhaltspflichtigen Dienstbarkeitsberechtigten zu eruieren als den Grundeigentümer selbst, müssen doch auch Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen werden.

§ 6 Die Werkhaftung bei öffentlichen Badeanstalten [1]

Badeanstalten sind heute meistens komplizierte Anlagen, deren Erstellung und Unterhalt recht kostspielig ist. Deshalb stehen sie vorwiegend im Eigentum juristischer Personen, seien es solche des privaten oder des öffentlichen Rechts. Für die Werkeigentümerhaftung nach OR 58 spielt dies aber keine Rolle, denn neben den natürlichen und den juristischen Personen des Privatrechts können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts [2] Subjekt der Werkhaftung sein [3]. Nach der Ansicht des Bundesgerichts [4] "fehlt jede innere Berechtigung dafür, dass der Staat, dessen Werk die gleiche Gefahr der Schädigung durch mangelhafte Anlage oder Instandhaltung in sich schliesst wie ein im Eigentum einer Privatperson stehendes, so dass auch der gleiche Rechtsschutz gegenüber Schädigungen geboten ist, von der Haftung aus OR 58 deshalb befreit werden soll, weil das Werk ein öffentliches und dem Staate dessen Unterhaltung als öffentlich-rechtliche Pflicht zugewiesen ist" [5]. Dabei ist es nach Oftinger [6] und nach Lanz [7] unerheblich, ob ein im Eigentum eines Gemeinwesens stehendes Werk im Sinne von OR 58 dem Finanzvermögen [8] oder dem Verwaltungsvermögen [9] zugeordnet ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass auch die Gemeinwesen

---

(1) vgl. zum Begriff "öffentliche Badeanstalt" vorne S. 5 ff

(2) Körperschaften, Anstalten, Gemeinwesen

(3) Oftinger,II/1, S. 24 f / Guhl, S. 192 u.a.m.

(4) BGE 49 II 261

(5) bestätigt in BGE 55 II 195 und BGE 74 II 155 bezüglich öffentlicher Badeanstalten

(6) a.a.O., Bd.II/1, S. 25 f

(7) a.a.O., S. 48

(8) vgl. vorne, N 6, S. 6

(9) vgl. vorne S. 5

oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts nach OR 58 belangt werden können, wenn die in ihrem Eigentum stehenden Badeanstalten einen Schaden verursachen, der auf einen Werkmangel zurückzuführen ist. Man spricht in solchen Fällen von "Werkschäden aus öffentlichen Werken" (10).

---

(10) Lanz, S. 40

II. DIE GRUNDEIGENTUEMERHAFTUNG NACH ZGB 679

§ 7 Allgemeines zur Haftung

1. Das Wesen

Nach ZGB 641, Abs. 1 kann jeder Eigentümer einer Sache seine Eigentumsrechte nur in "den Schranken der Rechtsordnung" ausüben. Solche Schranken sind vor allem dem Grundeigentümer gesetzt worden, und zwar sowohl durch das Privatrecht (1) als auch durch das öffentliche Recht (2).

Ueberschreitet nun ein Grundeigentümer gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, kann er gestützt auf ZGB 679 belangt werden, sofern durch sein Handeln jemand geschädigt oder mit Schaden (3) bedroht wird. Der Geschädigte kann dabei wahlweise auf "Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz" klagen (4).

Für den durch die Eigentumsüberschreitung angerichteten Schaden haftet der Grundeigentümer in jedem Fall. Ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht, ist unerheblich, denn die Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 wird in Lehre (5)

---

(1) insbesondere die nachbarrechtlichen Bestimmungen im ZGB

(2) z.B. Eidg. Gewässerschutzgesetz von 1955, kantonale Wasser- und Baugesetze u.a.m.

(3) Nach Stark, S. 73, kann der Schaden sein: Sachschaden am Grundstück, Personenschaden, Vermögensschaden durch Herabsetzung des Mietwertes und Kosten der Abwehr von Einwirkungen.

(4) ZGB 679

(5) Froelicher, S. 28 / Bachmann, S. 133 / Tuor, S. 569 u.a.m.

und Praxis [6] als Kausalhaftung [7] betrachtet. Ebenso spielt es keine Rolle, ob der Eigentümer persönlich gehandelt hat oder ob Hilfspersonen - als solche sind alle Personen anzusehen, die anstelle des Eigentümers auftreten - den Schaden verursacht haben [8].

2. Der Anwendungsbereich

Grundsätzlich kann ZGB 679 immer dann angewendet werden, wenn jemand dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, weil ein Grundeigentümer die privatrechtlichen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen verletzt [9]. Einzelne Autoren [10] vertreten allerdings die Meinung, dass ZGB 679 auch anwendbar sei, wenn öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen [11] seitens des Eigentümers missachtet werden. Diese Ansicht ist jedoch nicht richtig, denn öffentlich-rechtliche Beschränkungen können auf dem verwaltungsrechtlichen Weg durchgesetzt werden. Nach Stark [12] wäre es zudem unbillig, "wenn zivilrechtlich nicht geschützte Interessen in Einzelfällen, in denen das gleiche Vorgehen des Eigentümers zufällig noch gegen irgendwelche öffentlichen Interessen verstösst, durch die Mittel des Privatrechts geschützt werden könnten" [13].

In der Praxis - insbesondere auch bei Badeanlagen [14] -

---

(6) BGE 81 II 443 / BGE 76 II 133 u.a.m.

(7) vgl. vorne, N 5, S. 13

(8) Meier-Hayoz, N 63 zu ZGB 679 / Keller, S. 158 / BGE 83 II 380

(9) Meier-Hayoz, N 85 zu ZGB 679

(10) Froelicher, S. 79 / z.T. Blumer, S. 172 / Roemer, S. 18

(11) z.B. Normen des Baurechts

(12) a.a.O., S. 197

(13) gl.M.: Meier-Hayoz, N 86 zu ZGB 679 / Hafter, S. 22 und das Bg. (75 II 118 ff)

(14) vgl. hinten § 8, Ziff. 2, S. 43 ff

kommt ZGB 679 vor allem dann zur Anwendung, wenn das in ZGB 684 statuierte Immissionsverbot[15] verletzt wird[16].

(15) Immissionen sind Einwirkungen, die mit der Benutzung eines Grundstückes notwendig verbunden sind, sich aber nicht in bestimmte Grenzen bannen lassen (Meier-Hayoz, N 1 zu ZGB 684).

(16) Froelicher, S. 78

§ 8 Die Grundeigentumsüberschreitung als Voraussetzung der Haftung nach ZGB 679

1. Im allgemeinen

In § 7 wurde erwähnt, dass der Grundeigentümer dann nach ZGB 679 haftbar wird, wenn er bestimmte privatrechtliche Grenzen der Eigentumsausübung überschreitet. Im folgenden Abschnitt sei nun kurz dargelegt, wann diese Grenzen überschritten sind.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Eigentumsüberschreitung mit der Benutzung und Bewirtschaftung des Grundstückes in einem engen Zusammenhang stehen muss[1] und auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen ist[2]. Verlangt wird also eine wesentliche Beziehung zwischen dem Grundstück und der von ihm aus bewirkten Schädigung. Deshalb überschreitet beispielsweise ein Grundeigentümer seine Eigentumsrechte noch nicht, wenn er von seinem Grundstück aus einen Ball wirft oder mit einem Gewehr einen Schuss abgibt und dadurch einen Schaden anrichtet, denn hier ist das Grundstück nur der zufällige Standort des Schädigers[3]. Anderseits haftet der Grundeigentümer dann nach ZGB 679 für einen Schaden, wenn dieser infolge der Benutzung des Grundstückes als Sport- oder Schiessplatz eingetreten ist[4]. Wann im einzelnen Fall eine Eigentumsüberschreitung im Sinne von ZGB 679 vorliegt, ist nicht leicht zu sagen, denn die Rechtsordnung hat nirgends eine absolute Grenze festgelegt. So verpflichtet beispielsweise auch ZGB 684 (Immissionsver-

---

(1) Meier-Hayoz, N 78 zu ZGB 679

(2) Meier-Hayoz, N 90 zu ZGB 679 / Stark, S. 202 / BGE 93 II 234

(3) Froelicher, S. 76

(4) Meier-Hayoz, N 79 zu ZGB 679

bot) den Grundeigentümer nur, "sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten".

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind grundsätzlich die Umstände des einzelnen Falles massgebend, wobei nach BGE 83 II 376 das Mass der zulässigen Immission "der Richter unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und Abwägung der beidseitigen Interessen zu bestimmen" hat. Dabei darf sich der Richter nicht von der persönlichen Empfindlichkeit des verletzten Grundeigentümers leiten lassen, sondern er hat "von einem normalen, durchschnittlichen Grade der Empfindlichkeit" auszugehen (5). In diesem Sinne hat das Bundesgericht auch in BGE 88 II 14 (6) festgehalten:

> "Pour statuer sur l'existence d'un excès, le juge se place à un point de vue objectif. Sans attribuer une importance décisive aux mesures en phones ou en décibles, il tient compte des impressions d'un homme normal, faisant ainsi abstraction des tolérances d'un hypersensible et de l'absence de réactions d'un être dépourvu de toute sensibilité."

Welcher Art die Einwirkungen auf das benachbarte Grundstück sind, spielt keine Rolle. Die Ueberschreitung der Eigentumsrechte kann auf jede erdenkliche Art geschehen, "sei es in materieller Weise (durch feste, flüssige oder gasförmige Körper, Kräfte und Kraftwirkungen), sei es in immaterieller Weise (durch Erweckung unangenehmer psychischer Eindrücke)" (7).

---

(5) BGE 79 II 54

(6) übermässiger Lärm beim Betrieb einer Kunsteisbahn

(7) BGE 61 II 329. Für Beispiele von Immissionen sei auf die Kasuistik bei Meier-Hayoz, N 155 ff zu ZGB 684 verwiesen.

2. Ueberschreitungen bei Badeanstalten

Der Eigentümer einer Badeanstalt wird m.E. meistens nur dann nach ZGB 679 haftbar, wenn durch den Betrieb der Anlage das Immissionsverbot gemäss ZGB 684 verletzt wird. Als Immissionen kommen bei Badeanlagen - insbesondere bei Freiluftanlagen [8] - in Frage:

a) materielle Immissionen

aa) Lärm

Der Betrieb einer Badeanstalt im Freien ist zweifelsohne mit recht viel Lärm verbunden. Sowohl der direkte Badelärm durch das "Schreien" und "Kreischen" der Badenden als auch der Lärm der ganzen Infrastruktur, wie beispielsweise der An- und Abmarsch [9] der heute meist motorisierten Besucher können für benachbarte Grundstücke störend sein.

Ob nun dieser Lärm übermässig ist und dadurch eine nachbarrechtliche Bestimmung verletzt, kann nicht allgemeinverbindlich gesagt werden. Vielmehr hat der Richter auch hier [10] die Interessen des Eigentümers der Badeanstalt sowie diejenigen der Nachbarn, die sich über die Lärmeinwirkung beklagen, gegenseitig abzuwägen [11]. Dabei ist zu bemerken, dass die herrschende Lehre [12] die wirtschaftliche oder soziale Bedeutung des den Lärm verursachenden Betriebes nur mit Zurückhaltung berücksichtigt. Da-

---

(8) vgl. § 2, vorne S. 4

(9) vgl. Oftinger, Lärmbekämpfung, S. 92 ff

(10) vgl. vorne Ziff. 1

(11) Oftinger, Lärmbekämpfung, S. 21 ff

(12) Hafter, S. 48 / Oftinger, Lärmbekämpfung, S. 25 / Meier-Hayoz, Rechtsordnung im technischen Zeitalter, S. 42

raus lässt sich ableiten, dass selbst einer im Interesse der Allgemeinheit errichteten Badeanstalt keine besonderen Rechtfertigungsgründe für die Lärmimmission zustehen. Dies geht auch aus BGE 88 II 15[13] hervor, erklärt doch das Bundesgericht in Erw. 2 dieses Entscheides ausdrücklich: "Mais cela ne signifie pas qu'en raison de son but d'intérêt général, à savoir l'encouragement du sport au Val-de-Travers, l'intimée ait droit à des égards particuliers."

bb) Geruch

Geruchsimmissionen treten bei Schwimmbädern eher selten auf. Höchstens bei älteren Anlagen, in denen das Wasser noch mit Chlor[14] desinfiziert wird, und bei Freiluftanlagen mit ungenügenden oder schlecht unterhaltenen Sanitärinstallationen (WC, Duschen usw.) können unangenehme Gerüche entstehen, wobei diese allerdings nur in unmittelbarer Nähe feststellbar sind.

Hingegen können Thermal- und Heilbäder[15] Dämpfe verbreiten, die selbst in weiterer Entfernung recht unangenehm sind. Solche Gerüche überschreiten m.E. bei genügender Intensität das Mass, das einem Nachbarn an Immissionen zugemutet werden kann, und verletzen deshalb ZGB 684. Eine Klage auf Beseitigung der Einwirkung oder auf Schadenersatz gemäss ZGB 679 ist hier angebracht. Das Bundesgericht hat bis heute noch nie einen solchen Fall beurteilen müssen. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass es eine entsprechende Klage gutheissen würde, insbesondere, wenn

---

(13) Betrieb einer Kunsteisbahn

(14) heute vorwiegend Ozon

(15) z.B. Schwefelbäder

berücksichtigt wird, was unsere Gerichte bei genügender Intensität als übermässige Geruchsimmissionen im Sinne von ZGB 684 bezeichnen: z.B. Dünste einer Kaffeerösterei [16], Gerüche einer Räucherei [17], Verdampfungsgeruch des Grases in einer Grastrocknungsanlage [18] usw.

cc) Flutlicht

Immer mehr Badeanstalten sind heute bis spät in die Nacht hinein benützbar, weil die Beleuchtungstechnik derart verbessert worden ist, dass es ohne weiteres möglich ist, die Anlagen beinahe taghell zu beleuchten [19]. Dieses sehr helle Flutlicht der Scheinwerfer kann nun benachbarte Grundstücke schwer stören, insbesondere dann, wenn die Anlage auch zu Trainingszwecken [20], also fast täglich und bei geheizten Schwimmbassins über eine längere Periode hinaus, benützt wird.

Besteht eine solche Beleuchtung, ist es Pflicht des Eigentümers der Anlage, benachbarte Liegenschaften gegen den Lichteinfall abzuschirmen oder die Anlage nur während bestimmter Zeiten in Betrieb zu nehmen. In diesem Sinne hat das Obergericht des Kantons Luzern bezüglich eines mit vier Scheinwerfern beleuchteten Trainingsplatzes festgehalten [21]: "Diese Lärm- und Lichteinwirkungen erweisen sich als unerträglich. Sie überschreiten die Grenzen, der unter

---

(16) BGE 65 II 155 ff

(17) MBVR 1972, S. 79 f

(18) AGVE 1955, S. 256 f

(19) vgl. dazu Eichenberger, S. 69

(20) Schwimmklubs und -vereine

(21) SJZ 58, S. 203, Nr. 134

Nachbarn geschuldeten und durch Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie den Ortsgebrauch gerechtfertigten Rücksichtsnahme." (22)

b) immaterielle (ideelle) Immissionen

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem Entscheid (23) festgehalten, dass der Anblick der in einem Freibad sich aus- und ankleidenden Badegäste für benachbarte Liegenschaften grundsätzlich eine ideelle Immission bedeuten kann. In BGE 43 II 268 hat das Bundesgericht dieser Ansicht beigepflichtet, ist jedoch auf die Klage des Geschädigten aus formellen Gründen (24) nicht eingetreten.

Obschon heute diesbezüglich andere Ansichten gelten, lässt sich aus den erwähnten Entscheiden folgendes ableiten: Durch den Betrieb einer Freiluftbadeanstalt darf das Anstandsgefühl eines "normal empfindenden" Nachbars nicht verletzt werden. Das setzt m.E. voraus, dass die Badeanstalt über genügend Umziehkabinen und Garderoben verfügt und dass die Benützer angehalten werden, anständige, der heutigen Ethik entsprechende Badekleider zu tragen. Ist dies nicht der Fall - wenn die Anlage beispielsweise einem Nudisten-Klub gehört -, so ist das Gelände gegen Einsicht abzuschirmen.

---

(22) anderes Ergebnis in SJZ 67, S. 209 f, Nr. 96: Dort wird der Lichteinfall als schwach betrachtet und die nur seltene Durchführung von Sportveranstaltungen berücksichtigt.

(23) BlZR 17, S. 5, Nr. 3

(24) fehlende Passivlegitimation der Beklagten

§ 9 Die Subjekte der Haftung

1. Die Aktivlegitimation [1]

Die früher herrschende Lehre [2] und Praxis [3] gewährten den Anspruch aus ZGB 679 grundsätzlich jedermann, der infolge der Eigentumsüberschreitung eines Grundeigentümers geschädigt oder mit Schaden bedroht wurde. Im Gegensatz dazu halten die neuere Literatur [4] und Rechtsprechung [5] fest, dass die Aktivlegitimation nur noch dem Nachbarn, d.h. dem Eigentümer, dem dinglich Berechtigten und dem obligatorisch Nutzungsberechtigten umliegender Grundstücke, zusteht. Dazu ist zu bemerken, dass nicht nur derjenige als Nachbar zu betrachten ist, dessen Grundstück unmittelbar an dasjenige angrenzt, von welchem die Schädigung ausgeht, sondern auch derjenige, der - obschon weiter entfernt - trotzdem durch die Immissionen betroffen wird [6].

Kein Klagerecht nach ZGB 679 steht denjenigen Personen zu, die innerhalb der Grenzen des schädigenden Grundstückes einen Schaden erleiden [7]. Aus diesem Grund kann sich also weder ein Besucher noch ein Angestellter einer Badeanstalt auf ZGB 679 berufen, wenn er in der Badeanstalt

---

(1) Für Einzelheiten sei auf Meier-Hayoz, N 38 ff zu ZGB 679 verwiesen.

(2) Rothenhäusler, S. 110 / Bachmann, S. 148

(3) BGE 59 II 137: "Die Ansprüche gegen den Grundeigentümer, der sein Eigentumsrecht überschreitet, stehen jedermann zu, der dadurch geschädigt wird."

(4) Stark, S. 204 / Meier-Hayoz, N 42 f zu ZGB 679 / Eichenberger, S. 65

(5) BGE 88 II 263 / BGE 83 II 379

(6) Meier-Hayoz,N 44 zu ZGB 679 / BGE 79 I 204 / BGE 81 II 443

(7) Eichenberger, S. 65 / Meier-Hayoz, N 83 zu ZGB 679 und dort zitierte weitere Literatur

selbst geschädigt wird.

2. Die Passivlegitimation [8]

a) bei privaten Badeanstalten [9]

Nach dem Marginale von ZGB 679 haftet grundsätzlich der Eigentümer des Grundstückes, von dem die Schädigung ausgeht. Die herrschende Lehre [10] und Rechtsprechung [11] haben jedoch den Begriff des "Eigentümers" insofern erweitert, als auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes eingeklagt werden kann, sofern die Eigentumsüberschreitung auf sein selbständiges Verhalten zurückzuführen ist. Ob hingegen auch der bloss obligatorisch Berechtigte, z.B. der Mieter oder Pächter einer Badeanstalt, nach ZGB 679 belangt werden kann, ist umstritten. Während Stark [12] und kantonale Gerichte [13] für die Passivlegitimation des obligatorisch Berechtigten eintreten, lehnen Meier-Hayoz [14] und Froelicher [15] eine so weite Ausdehnung des Kreises der Passivlegitimierten ab. Das Bundesgericht seinerseits hat diese Frage in BGE 44 II 33 ausdrücklich offen gelassen und seither nie mehr dazu Stellung genommen.

Badeanstalten stehen aus finanziellen Gründen eher selten im Eigentum einer natürlichen Person. Bezüglich der

---

(8) Für Einzelheiten sei auf Meier-Hayoz, N 52 ff zu ZGB 679 verwiesen.

(9) vgl. vorne § 4, S. 9

(10) Meier-Hayoz, N 58 zu ZGB 679 / Stark, S. 205 f u.a.m.

(11) BGE 91 II 287 / BGE 68 II 373, Erw. 2

(12) a.a.O., S. 206

(13) SJZ 37, S. 330, Nr. 209 / Semjud 28, S. 318

(14) a.a.O., N 62 zu ZGB 679

(15) a.a.O., S. 95

Haftung nach ZGB 679 ist dies jedoch unerheblich, denn auch juristische Personen sind passivlegitimiert, mögen die Eigentumsüberschreitungen durch Organe oder Hilfspersonen begangen worden sein [16].

b) bei öffentlichen Badeanstalten [17]

Hier stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, ob der Eigentümer eines öffentlichen Grundstückes für Eigentumsüberschreitungen überhaupt nach privatrechtlichen Normen haftpflichtig wird oder ob nicht öffentliches Recht anwendbar ist.

Keine Probleme stellen diejenigen öffentlichen Grundstücke dar, die dem Finanzvermögen [18] des Staates, einer Gemeinde oder einer anderen Körperschaft des öffentlichen Rechts zugeordnet sind. Sie unterstehen dem Privatrecht, was zur Folge hat, dass ZGB 679/684 ff ohne weiteres anwendbar ist [19].

Anders verhält es sich bei Grundstücken, die zum Verwaltungsvermögen [20] gehören. Die herrschende Lehre [21] unterscheidet bei solchen Grundstücken zwischen übermässigen und unvermeidbaren und übermässigen, jedoch vermeidbaren Immissionen. Sind die übermässigen Einwirkungen unvermeidbar, weil sie die unausweichlichen Folgen der bestimmungsgemässen Benutzung einer öffentlichen Sache sind, kann nicht gestützt auf ZGB 679/684 ff (Privatrecht) geklagt werden, denn solche Immissionen sind

---

(16) Froelicher, S. 97

(17) vgl. § 3, vorne S. 5 ff

(18) vorne S. 6 , N 6

(19) Meier-Hayoz, N 68 zu ZGB 679

(20) vorne S. 5

(21) Oftinger, Lärmbekämpfung, S. 32/34 / Meier-Hayoz, N 72 ff zu ZGB 679 / Giger, SJZ 65, S. 201 ff

nicht rechtswidrig [22]. Als Ausgleich für den Verlust der nachbarrechtlichen Ansprüche aus ZGB 679 kann dem Geschädigten nur noch gestützt auf das eidgenössische oder ein kantonales Enteignungsgesetz [23] eine Entschädigung (materielle Enteignung) zugesprochen werden [24]. Andererseits haftet der Staat oder ein Gemeinwesen nach ZGB 679, wenn die übermässigen Eigentumsüberschreitungen vermieden werden könnten. Das geht aus BGE 91 II 483 [25] hervor, wo das Bundesgericht festhält, "dass die den gesetzlichen Rahmen überschreitenden Einwirkungen öffentlicher Sachen - seien es Einwirkungen, die nicht dem bestimmungsmässigen Gebrauch oder Betrieb zuzuschreiben sind, oder solche, die zwar auf eine solche Verwendung der Sache zurückgehen, sich jedoch mit einem zumutbaren Aufwand hätten vermeiden lassen - nicht mehr durch die Ausübung öffentlichrechtlicher Befugnisse zu rechtfertigen sind und daher zur Anrufung des Art. 679 ZGB Anlass bieten können. Auch das Gemeinwesen untersteht als Herr über unbewegliches Gut dem Nachbarrecht, soweit der öffentlichrechtliche Zweck jenes Gutes keinen Eingriff in die für private Grundeigentümer geltende Ordnung erfordert."

In § 3, Ziff. 1 [26] wurde festgehalten, dass eine öffentliche Badeanstalt eine öffentliche Sache ist und

---

(22) Oftinger, Lärmbekämpfung, S. 32 / Meier-Hayoz, N 75 zu ZGB 679

(23) EntG, Art. 5: "Gegenstand des Enteignungsrechtes können dingliche Rechte an Grundstücken sowie die aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte, ferner die persönlichen Rechte von Mietern und Pächtern des von der Enteignung betroffenen Grundstückes sein."

(24) Meier-Hayoz, N 148 zu ZGB 679 / Oftinger, Lärmbekämpfung, S. 56

(25) ähnlich auch BGE 76 II 131, 75 II 119 und 70 II 88 ff

(26) vorne S. 5 f

dem Verwaltungsvermögen des betreffenden Gemeinwesens zugerechnet werden muss [27]. Welches Recht ist demzufolge bei Eigentumsüberschreitungen öffentlicher Badeanlagen anzuwenden? Das Zürcher Obergericht [28] hat in einem Fall, wo eine öffentliche Badeanstalt baulich erweitert werden sollte und dadurch seitens der Klägerschaft Immissionen befürchtet wurden, die Anwendbarkeit von ZGB 679/684 grundsätzlich bejaht. Ebenso hat der Genfer Cour de justice [29] den Lärm, den der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt verursachte, als Immission im Sinne von ZGB 684 betrachtet und eine Klage der Geschädigten gestützt auf ZGB 679 gutgeheissen. Anderer Meinung ist das Bundesgericht. So hat es als Berufungsinstanz beim "Zürcher-Fall" in BGE 43 II 272 festgehalten, dass sich der Geschädigte nicht auf das Privatrecht (ZGB 679/684) berufen könne, weil "der Staat, wenn er Vorschriften über die Benützung der dem Gemeingebrauch dienenden öffentlichen Sachen erlässt, nicht ein aus dem Privatrecht abgeleitetes Recht ausübt, sondern kraft seines Hoheitsrechtes bestimmt". Auch Oftinger [30] vertritt die Meinung - jedoch ohne nähere Begründung -, dass die Lärmeinwirkungen aus öffentlichen Badeanstalten unvermeidlich seien und das Gemeinwesen deshalb nicht gestützt auf ZGB 679/684 eingeklagt werden könne.

M.E. kann jedoch nicht generell gesagt werden, ob die Immissionen einer (öffentlichen) Badeanstalt grundsätzlich vermeidbar oder unvermeidbar sind. Das Abgrenzungskriterium "vermeidbar/unvermeidbar" ist nicht weniger unbestimmt als viele andere dem Juristen geläufi-

---

(27) vgl. BGE 43 II 270

(28) BlZR 17, S. 5, Nr. 3

(29) Semjud 1928, S. 323 = SJZ 25, S. 10, Nr. 3

(30) a.a.O., Lärmbekämpfung, S. 34, N 84

ge Blankette. Es ist deshalb Aufgabe der zuständigen Behörde, im Einzelfall abzuklären, ob die Immissionen nicht durch einen "zumutbaren Aufwand" (31) mit "nicht unverhältnismässig hohen Kosten" (31) hätten vermieden werden können.

(31) BGE 93 I 295

III. DIE GESCHAEFTSHERRENHAFTUNG NACH OR 55

§ 10 Allgemeines zur Haftung

1. Die Rechtsnatur

Nach OR 55, Abs. 1 haftet der Geschäftsherr "für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre".

Während die Geschäftsherrenhaftung früher (1) als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast betrachtet worden ist (2), wird heute in Lehre (3) und Praxis (4) durchwegs angenommen, dass es sich bei der Haftung nach OR 55 um eine Kausalhaftung handelt. Der Geschäftsherr haftet somit auch dann für einen Schaden, wenn weder ihn noch die Hilfsperson ein Verschulden trifft. In diesem Sinne hat das Bundesgericht in einem älteren - jedoch heute noch massgebenden - Entscheid (5) zusammenfassend festgehalten:

---

(1) gesamte Bundesgerichtspraxis bis zu BGE 34 II 270

(2) Oftinger, II/1, S. 97

(3) Oftinger, II/1, S. 96 / Keller, S. 116 / Guhl, S. 188 f u.a.m.

(4) BGE 72 II 261 / BGE 90 II 90 / BGE 95 II 97 u.a.m

(5) BGE 56 II 287

"Die Haftung des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 OR ist keine Verschuldenshaftung. Er hat einmal einzustehen, auch wenn den Angestellten kein Verschulden trifft, aber auch, wenn ihm selbst keines zur Last fällt. Der ihm durch das Gesetz eingeräumte Beweis, dass er alle durch die Umstände gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu vermeiden, ist daher kein Exkulpations-, sondern ein bestimmt umschriebener Entlastungsbeweis."

2. Die Haftungsvoraussetzungen

a) positive

Der Geschädigte kann sich nur dann auf OR 55 berufen, wenn der Schaden durch einen Arbeitnehmer oder eine andere Hilfsperson verursacht worden ist. Dabei ist nicht jedermann, der für einen andern eine Obliegenheit ausführt, als Hilfsperson im Sinne von OR 55 zu betrachten. Vielmehr muss das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson eine bestimmte Charakteristik aufweisen. So nach Oftinger (6): "eine irgendwie beschaffene, dauernde oder vorübergehende Beziehung zwischen zwei Personen, die es der einen, dem Geschäftsherrn, erlaubt, sich der andern, der Hilfsperson, für ihre Zwecke zu bedienen, wobei die zweite der ersteren untergeordnet ist". Gleicher Meinung ist auch Auer (7), wenn er festhält: "Das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Untergebenen, zur Hilfsperson, welches wir als Herrschaftsverhältnis bezeichnen, liegt vor, wenn der für die Dienste in Anspruch Genommene in einem Subordinationsverhältnis steht. Es muss eine Weisungs-, Befehls- und Aufsichtsgewalt da sein." Als Grundlage eines sol-

---

(6) a.a.O., Bd. II/1, S. 132

(7) a.a.O., S. 23; ähnlich Gayler, S. 81

chen Subordinationsverhältnisses erwähnt Oftinger [8] beispielsweise den Arbeitsvertrag, den Auftrag, den Werkvertrag u.a.m.

Weiter muss der Schaden, gemäss OR 55, Abs. 1, "in Ausübung der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" verursacht worden sein. Es genügt demzufolge nicht, dass die Schädigung bei der Ausführung einer Geschäftsbesorgung vorkam, sondern es wird ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Schädigung und der Verrichtung der Hilfsperson vorausgesetzt [9].

b) negative

Während sich der Werkeigentümer nur gestützt auf die allgemeinen Entlastungsgründe [10] von der Haftung nach OR 58 befreien kann, stehen dem Geschäftsherrn nach OR 55, Abs. 1 zusätzlich noch zwei besondere Befreiungsbeweise offen. Erstens kann er nachweisen, dass er "alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat", um einen solchen Schaden zu vermeiden, und zweitens kann er zu seiner Entlastung anführen, dass "der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre" und deshalb sein Verhalten zum Schaden nicht kausal sei.

Nach herrschender Lehre [11] und Praxis [12] hat der Geschäftsherr die geforderte Sorgfalt dann angewandt, wenn er einerseits seine Hilfspersonen - nach einer hergebrachten Trilogie - sorgfältig ausgewählt (cura

---

(8) a.a.O., Bd. II/1, S. 133/134

(9) Guhl, S. 190

(10) höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden, vgl. hinten § 15, S. 74 ff

(11) Guhl, S. 190 / Keller, S. 121 / Oftinger, II/1, S. 153 ff u.a.m.

(12) BGE 95 II 93 / BGE 80 II 250 / BGE 90 II 98 u.a.m.

in eligendo), instruiert (cura in instruendo) und überwacht (cura in custodiendo) hat und andererseits der Betrieb zuverlässig organisiert ist und die Hilfspersonen mit den richtigen Arbeitsinstrumenten ausgerüstet sind.

3. Das Haftungssubjekt

a) im allgemeinen

Geschäftsherr im Sinne von OR 55 kann grundsätzlich jedermann sein, der sich auf Grund irgendwelcher rechtlicher oder bloss tatsächlicher Beziehungen der Dienste einer anderen ihm untergeordneten Person für seine Zwekke bedient (13). Es ist heute selbstverständlich und in der Literatur und Praxis (14) unbestritten, dass nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen des Privatrechts - und unter gewissen Voraussetzungen (15) sogar solche des öffentlichen Rechts - gestützt auf OR 55, Abs. 1 belangt werden können.

b) bei Badeanstalten

Da sich der Betrieb einer Badeanstalt recht aufwendig und kostspielig gestaltet, kommt es m.E. eher selten vor, dass eine natürliche Person Geschäftsherr im Sinne von OR 55 ist. Aus diesem Grunde hat der Geschädigte meistens an Stelle einer natürlichen eine juristische Person - sei es eine solche des Privat- oder des öffentlichen Rechts - als Geschäftsherr einzuklagen.

---

(13) Portmann, S. 63

(14) vgl. Oftinger, II/1, S. 104 und 115 ff / Keller, S. 118 / Oser/Schönenberger, N4 zu OR 55 u.a.m.

(15) vgl. hinten § 12, S. 61 ff

§ 11 Die Abgrenzung Organ / Hilfsperson in bezug auf die Stellung der Angestellten einer Badeanstalt

In § 10, Ziff. 3 wurde festgehalten, dass auch eine juristische Person als Betriebsinhaber einer Badeanstalt nach OR 55, Abs. 1 haftpflichtig werden kann, sofern der Schaden durch eine Hilfsperson verursacht worden ist. Das heisst mit andern Worten: Die Schädigung darf nicht durch ein Organ herbeigeführt werden, denn diese sind "berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben" (1) und sind ihr deshalb nicht untergeordnet. Sie sind - wie sich das Bundesgericht (2) ausdrückt - ein Teil der Persönlichkeit. Im Rahmen von OR 55 stehen die Organe deshalb auf der Seite des Geschäftsherrn (3), und die juristische Person haftet für deren Verhalten nicht nach OR 55, Abs. 1, sondern ausschliesslich (4) nach ZGB 55, Abs. 2 (Organhaftung).

Daraus lässt sich ableiten, dass zwischen Organ und Hilfsperson eine strenge begriffliche Grenze verläuft, um deren genaue Absteckung allerdings immer wieder gerungen wurde, was in der schwankenden Praxis des Bundesgerichts zum Ausdruck kommt. Dazu folgendes (5):

Vor dem Inkrafttreten des ZGB unterschieden sich die Organe von den gewöhnlichen Hilfspersonen dadurch, dass die ersteren an der inneren Willensbildung der juristischen Person Anteil hatten und dem obersten Verwaltungsorgan (6) angehör-

---

(1) ZGB 55, Abs. 1

(2) BGE 54 II 254

(3) Oftinger, II/1, S. 104

(4) Portmann, S. 92: "Irgendeine Ueberschneidung bzw. Konkurrenz ist nicht möglich."

(5) vgl. Kasuistik bei Portmann, S. 26 ff und bei Steinbrüchel, S. 32 ff

(6) Verwaltungsrat der AG, Genossenschaftsvorstand, Vereinsvorstand

ten, während dies für die letzteren nicht zutraf [7]. Nach dem Inkrafttreten des ZGB wurde der Kreis der Personen mit Organstellung dauernd erweitert. So führte das Bundesgericht in BGE 48 II 6 aus, dass die frühere Ansicht zu eng sei, gemäss welcher Funktionäre nur dann Organe seien, wenn sie dem obersten Verwaltungsorgan angehörten und an der inneren Willensbildung beteiligt seien, denn eine juristische Person könnte sich dann einfach dadurch der Haftung nach ZGB 55, Abs. 2 entziehen, dass sie einen bei Rechtsgeschäften mitwirkenden Funktionär nicht in das oberste Verwaltungsorgan aufnehme. Gestützt auf diesen Entscheid hat das Bundesgericht in der Folge immer mehr Personen Organqualität zuerkannt, wobei die Rechtsprechung den Höhepunkt in BGE 59 II 431 erreichte, in dem festgehalten wurde, dass, wenn nicht schon ein gewöhnlicher Arbeiter, so doch mindestens der Chefmonteur eines städtischen Elektrizitätswerkes als Organ zu betrachten sei. In BGE 61 II 342 wurde das Bundesgericht jedoch bereits etwas zurückhaltender und erklärte, dass nur diejenigen Personen als Organe bezeichnet werden dürften, "qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise". Die entscheidende Wendung, unter Preisgabe der in BGE 48 II 6 begründeten Praxis, hat unser oberstes Gericht jedoch erst in BGE 81 II 226 vollzogen. Darin hat es unter Hinweis auf seine ältere Praxis festgehalten [8]:

> "Es ist richtig, dass das Bg. seit dem Inkrafttreten des ZGB dem Art. 55 bisweilen eine sehr weitherzige Auslegung gegeben hat und dabei sogar so weit ging, dem Chefmonteur eines Elektrizitätswerks die Eigenschaft eines Organs zuzuerkennen. Im genannten Entscheid hat sich das Bg. immerhin gefragt, ob eine solche Ausdehnung des Organbegriffes einer erneuten

---

(7) BGE 20 1122 / BGE 34 II 497

(8) zit.: Prax 44, Nr. 205

Prüfung standzuhalten vermöchte. Wenn man indessen den von ZGB 55 angestrebten Schutzzweck nicht illusorisch machen will, so muss zweifellos anerkannt werden, dass man sich nicht darauf beschränken darf, als Organ im Sinne der genannten Bestimmung nur diejenige Person oder Personengruppe zu betrachten, denen das Gesetz, je nach der Art der in Frage stehenden juristischen Person, diese Eigenschaft zuerkennt. Ueberdies ist aber weiter erforderlich, dass es sich um Personen oder Personengruppen handelt, die tatsächlich in massgebender Weise an der Bildung des körperschaftlichen Willens teilhaben, kraft der Stellung, die sie im Unternehmen bekleiden, und kraft der Befugnisse, die ihnen auf Grund der Statuten und sonstigen Vorschriften zustehen, welche die interne Organisation des Unternehmens regeln." (9)

Aus diesem Entscheid geht hervor, dass das Bundesgericht heute wieder näher an seine ursprüngliche Auffassung gerückt ist und eine Beteiligung an der Willensbildung der juristischen Person als wesentliche Voraussetzung für die Organqualität betrachtet. Der Unterschied gegenüber BGE 34 II 497 besteht bloss darin, dass nicht nur Mitgliedern des obersten Verwaltungsgremiums Organeigenschaft zuerkannt wird, sondern auch andern zu qualifizierter Betätigung berufenen Personen (10).

Zusammenfassend kann man also sagen: Als Hilfspersonen sind diejenigen Funktionäre zu betrachten, die nicht auf gesetzlich oder statutarisch qualifizierte Weise dazu berufen sind, Organ der betreffenden juristischen Person zu sein und diejenigen Arbeitnehmer, die nicht an der Willensbildung der ju-

---

(9) bestätigt in BGE 96 I 479, Erw. 2a: "... beide waren berufen, bei der Bildung des Willens massgebend mitzuwirken und ihm Ausdruck zu geben. Sie waren demnach Organe ..."; ähnlich auch BGE 87 II 187, Erw. 2

(10) Portmann, S. 29

ristischen Person in massgebender Weise beteiligt sind [11].

Wendet man diese Grundsätze auf die Angestellten [12] einer Badeanstalt an, scheint es klar zu sein, dass diese in der Regel nicht Organe, sondern Hilfspersonen sind. Sie bekleiden m.E. keine Stellung, welche die Annahme rechtfertigen vermöchte, sie würden in irgendeiner Weise an der Willensbildung des Unternehmens Anteil haben. Vielmehr üben diese Angestellten nur die Funktionen aus, die ihnen von den Organen der juristischen Person übertragen worden sind. Dabei handelt es sich um blosse Ueberwachungs- [13] und Ausführungsaufgaben [14].

Somit dürfte bei Schädigungen durch das Personal einer Badeanstalt ZGB 55, Abs. 2 nicht zur Anwendung kommen und damit OR 41 als Haftungsnorm ausser Betracht fallen. Der Geschädigte kann hingegen die juristische Person als Betriebsinhaberin der Anlage gestützt auf OR 55 einklagen.

---

(11) vgl. Portmann, S. 25

(12) Badmeister und dessen Hilfspersonal

(13) Aufrechterhaltung des Badebetriebes und Rettungsdienstes

(14) Reinigung der Anlagen, Unterhalt der technischen Einrichtungen usw.

§ 12 Der öffentlich-rechtliche Betriebsinhaber einer Badeanstalt als Geschäftsherr im Sinne von OR 55

Bei vielen Badeanstalten erscheint als Betriebsinhaber eine juristische Person des öffentlichen Rechts (im folgenden als Gemeinwesen bezeichnet). Deshalb ist in diesem Paragraphen zu untersuchen, ob auch ein Gemeinwesen der privatrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen untersteht.

1. Allgemeines

Das Gemeinwesen haftet grundsätzlich nicht nach privatrechtlichen Normen für Schädigungen seiner Beamten und Angestellten, sondern nach den Regeln des öffentlichen Rechts, wenn die Schädigung in Ausübung amtlicher Verrichtungen, d.h. hoheitlicher Funktionen erfolgt (1). Als Beispiele solcher Amtshandlungen seien erwähnt: Steuererhebung, Enteignung, Verhaftung usw. (2). Andererseits wird das Gemeinwesen nach den Vorschriften des Privatrechts schadenersatzpflichtig, wenn es dem Bürger als "rechtlich gleichgestellter" (3) Partner, als "koordiniertes Subjekt" (4) gegenübersteht. Insbesondere haftet das Gemeinwesen (5) für ausservertragliche Schädigungen seiner Beamten und Angestellten gestützt auf OR 61, Abs. 2 (Verantwortlichkeit

---

(1) Oser/Schönenberger, N6 zu OR 61 / Oftinger, II/1, S. 115 ff

(2) vgl. Kasuistik bei Oftinger, II/1, S. 129/130

(3) Schwarzenbach, S. 190

(4) Oftinger, II/1, S. 121

(5) Obschon in OR 61, Abs. 2 von der Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten die Rede ist, gilt diese Gesetzesbestimmung analog für das Gemeinwesen selbst, denn die persönliche Schadenersatzpflicht der staatlichen Funktionäre und die direkte Schadenersatzpflicht des Gemeinwesens sind parallel geordnet (vgl. Oftinger, II/1, S. 121 / Imboden, II, S. 712 / Leuthold, S. 29).

öffentlicher Beamter und Angestellter) dann nach den Regeln des OR, wenn es eine "gewerbliche Verrichtung" ausübt.

2. Der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt als "gewerbliche Verrichtung" im Sinne von OR 61, Abs. 2

Der Begriff der gewerblichen Verrichtung im Sinne von OR 61, Abs. 2 wird in der Literatur nicht durchwegs gleich verstanden. Einzelne Autoren (6) vertreten die Meinung, dass nur solche Tätigkeiten des Gemeinwesens bzw. dessen Angestellten gewerblich sind, die ausschliesslich oder doch hauptsächlich auf die Erzielung eines Gewinnes ausgerichtet sind. Gestützt auf diese Theorie kommt Roos (7) zu folgendem Schluss: "Eine öffentliche Badeanstalt ist ein Gewerbebetrieb, wenn die Eintrittsgelder einen Gewinn abwerfen sollen. Ist aber die Benützung unentgeltlich, oder wird nur eine bescheidene Gebühr zur Deckung der Betriebskosten erhoben, dann ist der Dienst des Badeaufsehers keine gewerbliche Verrichtung." Die neuere Lehrmeinung hat sich indessen von dieser Auffassung gelöst und betrachtet alle jene Betätigungen des Gemeinwesens bzw. dessen Angestellten als gewerbliche Verrichtungen, die in sich keinerlei Amtscharakter aufweisen und ohne weiteres auch von einem Privaten verrichtet werden könnten (8).

Die Rechtsprechung unserer Gerichte schwankt zwischen diesen beiden Lehrmeinungen. So entschied das Bundesgericht in BGE 48 II 417, 54 II 123, 56 II 201 und 70 II 208, dass der Betrieb eines öffentlichen Spitals mangels einer Gewinnabsicht keine gewerbliche Verrichtung sei. In BGE

---

(6) Becker, N 12 zu OR 61 / Roos, in ZBJV 75, S. 328

(7) ZBJV 75, S. 328

(8) Egger, N 18 zu ZGB 59 / Oser/Schönenberger, N 13 zu OR 61 / Leuthold, S. 30 / Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 61a

77 II 310 [9] erklärte es jedoch in Erw. 1, dass OR 61, Abs. 2 dort anwendbar sei, "wo das Gemeinwesen mit dem Privaten nicht als Träger hoheitlicher Befugnisse, sondern als koordiniertes Rechtssubjekt in Beziehung trete." Die gleiche Ansicht vertrat auch das Obergericht des Kantons Zürich, als es in einem neueren Entscheid [10] festhielt, dass die Tätigkeit des Chefarztes an einem öffentlichen Spital (Kantonsspital Zürich) eine gewerbliche Verrichtung sei [11]. Das Bundesgericht griff jedoch in BGE 89 II 268 wieder auf die Theorie der Gewinnabsicht zurück und betrachtete infolge Fehlens dieser Absicht den Betrieb eines Gemeindeschlachthauses nicht als gewerbliche Verrichtung.

Meines Erachtens bildet die Gewinnabsicht kein taugliches Merkmal zur Abgrenzung der gewerblichen Verrichtung von der nichtgewerblichen. Dieses Kriterium führt nämlich zur weitgehenden Ausschaltung von OR 61,Abs. 2, kommt es doch heute nur selten vor, dass ein Gemeinwesen vorwiegend zu Erwerbszwecken tätig wird. Vielmehr ist der Begriff der gewerblichen Verrichtung im Gegensatz zu dem der hoheitlichen Tätigkeit zu sehen [12]. Ein Gemeinwesen übt demzufolge dann eine gewerbliche Verrichtung aus, wenn es dem Bürger nicht "übergeordnet" ist und keine entsprechenden Kompetenzen zu "Befehl und Zwang" [13] hat, sondern jeder

---

(9) Eine Gemeinde stellt ihren Einwohnern gegen Entschädigung eine Motorseilwinde mit einem Bedienungsmann zur Verfügung.

(10) BlZR 62, S. 83

(11) Diesbezüglich vertreten die gl. M.: Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 61a, N 160 / Gautschi, N 42 und 53 c zu OR 394. And. M. ist nach wie vor das Bg. in BGE 101 II 183.

(12) gl. M.: Obergericht des Kantons Zürich (BlZR 62, S.83)

(13) vgl. Giacometti, S. 59 / Grisel, S. 44 ff / Schwarzenbach, S. 31/32

Private die selbe Verrichtung auch tun könnte [14]. Eine solche Tätigkeit ist aber offensichtlich der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt, gibt es doch auch viele solche Anlagen, die von Privatpersonen - vorwiegend juristischen Personen - in durchaus vergleichbarer Weise geführt werden.

Dass der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt eine gewerbliche Verrichtung im Sinne von OR 61, Abs. 2 darstellt, hat das Bundesgericht bereits in BGE 55 II 197/198 wie folgt festgehalten: "Nun ist allerdings zuzugeben, dass eine öffentliche Badeanstalt nicht ohne weiteres und notwendigerweise als ein rein fiskalischen Zwecken dienender Gewerbebetrieb erachtet werden muss; allein auch das Gegenteil trifft nicht zu." Das Bundesgericht hat im erwähnten Entscheid jedoch noch auf die Theorie der Gewinnabsicht bzw. des Erwerbszweckes abgestellt, was - gestützt auf die oben dargelegte neuere Lehre und Rechtsprechung - heute überholt ist.

3. Schlussfolgerung

Der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt ist gemäss Ziff. 2 dieses Paragraphen eine gewerbliche Verrichtung. Nach OR 61, Abs. 2 haften somit das Gemeinwesen und seine Beamten und Angestellten nach privatrechtlichen Normen für ausservertragliche Schädigungen; die Anwendung der öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeitsgesetze ist ausgeschlossen.

Bevor jedoch das Gemeinwesen als Geschäftsherr im Sinne von OR 55 eingeklagt werden kann, muss - wie bei den juristischen Personen des Privatrechts [15] - geprüft werden, ob dem schadenstiftenden Funktionär die Stellung eines Organes oder einer Hilfsperson zukommt [16]. Die Beamten und

(14) vgl. Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 61a und Imboden, II, S. 715

(15) vgl. § 11, vorne S. 57 ff

(16) Oftinger, II/1, S. 120

Angestellten einer öffentlichen Badeanstalt sind m.E. jedoch gestützt auf die gleichen Erwägungen wie bei privaten juristischen Personen in der Regel als blosse Hilfspersonen zu betrachten (17).

Das Gemeinwesen als Betriebsinhaberin einer Badeanstalt unterliegt somit der Haftung des Geschäftsherrn nach OR 55 wie eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts.

---

(17) siehe vorne S. 60

IV. DIE HAFTUNG NACH OR 41

§ 13 Allgemeines zur Haftung

1. Die Rechtsnatur

OR 41, Abs. 1 bestimmt, dass derjenige, der einem andern widerrechtlich einen Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, diesem gegenüber zum Ersatze verpflichtet ist.

Im Gegensatz zu den in früheren Paragraphen behandelten Haftungsnormen (OR 58, ZGB 679 und OR 55) stellt OR 41 eine sog. Verschuldenshaftung dar. Rechtfertigungsgrund der Verschuldenshaftung ist - der Name sagt es - ein Verschulden. Ein solches liegt dann vor, wenn dem Schädiger ein ethisch tadelnswertes Verhalten [1] vorgeworfen werden kann [2], d.h. ein Verhalten, das nicht dem "unter den gegebenen Verhältnissen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten" entspricht [3]. Es sind - vor allem historisch gesehen - im wesentlichen pönale Vorstellungen, wie Vergeltungsbedürfnisse, die es als gerecht erscheinen lassen, dass demjenigen, der durch ein von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten einen Schaden verursacht hat, auch die Ersatzpflicht überbunden wird [4].

---

(1) Da sowohl eine Handlung als auch eine Unterlassung schuldhaft begangen werden kann, spricht man allgemein von einem schuldhaften Verhalten (vgl. Keller, S. 69).

(2) Oftinger, I, S. 34

(3) Oftinger, I, S. 141

(4) Oftinger, I, S. 34/35

2. Die Haftungsvoraussetzungen

Damit OR 41 als Haftungsnorm angewendet werden kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein [5]: Eintritt eines Schadens, widerrechtliches Verhalten, adäquatkausaler Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Schaden, und ein Verschulden. Die ersten drei Voraussetzungen sind rein objektiver Art, während die letzte - das Verschulden - in dem Sinne subjektiv ist, als es Urteilsfähigkeit des Täters voraussetzt [6].

---

(5) an Stelle vieler: Keller, S. 86

(6) Oftinger, I, S. 141 und 154 / Guhl, S. 174

§ 14 Der Anwendungsbereich von OR 41

1. Im allgemeinen

Obschon OR 41 im geltenden Recht nach wie vor die grundlegende Haftungsnorm für unerlaubte Schädigungen darstellt, ist die Anwendung dieses Rechtssatzes relativ beschränkt:

Erstens wird der Geschädigte wenn immer möglich versuchen, sich auf einen Spezialtatbestand des OR - wie die Werkhaftung nach OR 58 oder die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 - berufen zu können, denn OR 41 stellt für ihn in jeder Hinsicht die ungünstigste Haftungsnorm dar. Nach ihr muss er nicht nur den Schaden, die Widerrechtlichkeit, den Kausalzusammenhang und das Verschulden beweisen (1), sondern der Schadenersatz wird gemäss OR 43, Abs. 1 erst noch nach dem Verschulden des Haftpflichtigen bemessen, was zur Folge haben kann, dass der Geschädigte unter Umständen nur teilweisen oder überhaupt keinen Ersatz erhält, selbst wenn ihn kein Selbstverschulden trifft (2).

Zweitens ist OR 41 im Verhältnis zu den Kausalhaftungsnormen als "lex generalis" zu betrachten und darf deshalb nach dem Grundsatz "lex specialis derogat legi generali" dann nicht angewendet werden, wenn der Tatbestand einer Spezialnorm erfüllt ist (3). Die Haftung nach OR 41 ist somit auch bei Unfällen in Badeanstalten als "ultima ratio" zu betrachten (4).

---

(1) gestützt auf die Beweisregelung von ZGB 8

(2) Der Schädiger ist z.B. urteilsunfähig, weshalb ihm kein Verschulden zugerechnet werden kann. Vorbehalten bleibt allerdings OR 54, wonach der Richter die Möglichkeit hat, dem Geschädigten trotzdem aus Billigkeit teilweisen, eventuell vollständigen Ersatz zuzusprechen.

(3) vgl. hiezu Oftinger, I, S. 481 / Portmann, ZBJV 90, S. 22

(4) vgl. Stiffler, S. 73

2. Bei Badeanstalten

a) Die Badeanstalt als gefährlicher Zustand

Nach Meyer [5] stehen die Schwimm- und Badeunfälle an vierter Stelle aller Sportunfälle [6]. Das beweist, dass eine Badeanstalt mit ihren spezifischen Einrichtungen wie Sprungtürme, Schwimmbecken usw. für den Benützer eine nicht zu unterschätzende Gefahrenquelle darstellt.

Nach einem im Schadenersatzrecht allgemein anerkannten, gewohnheitsrechtlichen [7] Grundsatz gilt nun die Regel, "dass auch ohne besondere Vorschrift immer dort die Pflicht zu Schutzmassnahmen besteht, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird, sei es, dass es sich um eine einmalige Gefährdung handle oder um einen Dauerzustand wie bei bestimmten Anlagen, Vorhaben und Betrieben" [8]. Trifft derjenige, der die Gefahr schafft, die notwendig erscheinenden Schutzmassnahmen nicht, so macht er sich schuldig und haftet bei einem Unfall nach OR 41 [9].

b) Die Schutzmassnahmen bei Badeanstalten

Grundsätzlich ist der Betriebsinhaber einer Badeanstalt verpflichtet - gleichgültig, ob ausdrückliche Vorschriften bestehen oder nicht -, die Schutzvorkehrungen zu treffen, "die dem letzten Stand von Wissenschaft und Technik" entsprechen, "sofern sie im Rahmen des wirt-

---

(5) a.a.O., S. 3

(6) vgl. hiezu § 5, vorne S. 10 f

(7) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 247

(8) Oftinger, I, S. 150; ebenso BGE 95 II 96 / BGE 93 II 92, Erw. 2 / BGE 82 II 28 / BGE 81 II 569

(9) Keller, S. 73 / Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 247

schaftlich und technisch Zumutbaren bleiben" (10).

Diese Schutzmassnahmen beziehen sich einerseits auf die baulichen Anlagen und Einrichtungen einer Badeanstalt und andererseits auf den eigentlichen Badebetrieb. Da die Anforderungen an den Betriebsinhaber zum Schutze der Benützer in bezug auf die baulichen Anlagen und Einrichtungen identisch sind mit jenen, die an den Werkeigentümer im Sinne von OR 58 gestellt werden (11), kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur Werkhaftung nach OR 58 verwiesen werden (12). Somit müssen hier nur noch die Schutzmassnahmen, die der eigentliche Badebetrieb erfordert, behandelt werden. Dazu folgendes:

aa) Betriebsregeln und Warnungen

Eine der Schutzmassnahmen besteht darin, Betriebsregeln aufzustellen, die den Badegästen ein ordnungsgemässes Verhalten bei der Benutzung der Anlagen vorschreiben. Dabei braucht der Betriebsinhaber nicht jeden einzelnen Benützer auf diese Betriebsregeln aufmerksam zu machen, denn das wäre bei dem in Badeanstalten üblichen Massenbetrieb nicht möglich. Es sind aber Hinweistafeln anzubringen, an denen die Benützer die wichtigsten Regeln, wie beispielsweise die Oeffnung bzw. Sperrung der Sprunganlage (13) ab-

---

(10) Oftinger, I, S. 150/151 und dort zitierte Bundesgerichtsentscheide

(11) vgl. Oftinger, II/1, S. 42 f

(12) vorne § 4, S. 23 ff

(13) Das Bg. hat im BGE vom 31.10.61 i.S. Rossier (n. pbl.) das Fehlen jeglicher Regelung zur Benutzung eines kombinierten Schwimmer-/Springerbeckens als Verschulden des Betriebsinhabers der Badeanstalt betrachtet und diesen gestützt auf OR 41 für den Unfall haftbar erklärt. Vgl. allerdings dazu § 4, Ziff. 3, N 17, vorne S. 26.

lesen können. Das Aufsichtspersonal hat die Benützer gegebenenfalls zur Beachtung dieser Betriebsregeln anzuhalten und Widerspenstige von der Benutzung der Anlage auszuschliessen. Diese Wegweispflicht besteht im Interesse der Sicherheit der übrigen Badegäste und ist m.E. unumgänglich, um einen geordneten, möglichst gefahrlosen Badebetrieb zu garantieren.

Weiter müssen die Benützer der Badeanstalt durch Warntafeln auf die Gefahren der Anlagen und Einrichtungen aufmerksam gemacht werden. Das Becken für Schwimmer ist beispielsweise deutlich als solches zu kennzeichnen: jedermann soll wissen, wo er keinen Stand mehr hat. Ebenso erachtet es Meyer (14) als unumgänglich, dass bei allen Becken an den Rändern die Wassertiefe angegeben wird, weil eine Vielzahl von Kopfverletzungen auf eine falsche Einschätzung (15) der Wassertiefe beim Hineinspringen zurückzuführen ist.

bb) Aufsicht und Rettungsdienst

Als weitere Sicherheitsmassnahmen zum Schutze der Badegäste gehören eine gut organisierte Aufsicht und ein ausgebildeter, funktionstüchtiger Rettungsdienst. Das Bundesgericht hat in einem älteren - jedoch heute noch gültigen - Entscheid (16) festgehalten:

> "Darnach ist nun kein Zweifel, dass sowohl in der Anstellung einer des Schwimmens nicht kundigen Badewärterin als auch im gesamten Verhalten die-

(14) a.a.O., S. 14

(15) Das Wasser wird tiefer geschätzt, als es tatsächlich ist.

(16) BGE 55 II 198/199

ser Letzteren beim streitigen Unfall [17] ein von der Beklagten (Gemeinde Buochs) zu vertretenes Verschulden erblickt werden muss. Denn wenn eine Gemeinde ihren Schulkindern eine offene Seebadeanstalt zur Verfügung stellt und für diese eine besondere Wärterin anstellt, so müssen sich die Eltern der betreffenden Kinder darauf verlassen können, dass diese Wärterin nicht nur mit der Ausgabe der Wäsche, der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung in der Anstalt etc., sondern vor allem auch mit der Aufsicht der badenden Kinder betraut werde und dass diese in der Lage sei, bei Unfällen sofort persönlich Hilfe zu bringen, wozu die Kenntnis des Schwimmens selbstverständlich unerlässliche Voraussetzung ist. Schuldhaft war es aber auch, dass die Badewärterin sich, auch wenn sie nicht schwimmen konnte, nicht persönlich an der Rettung des Kindes beteiligt hat. ..." [18]

Damit der Rettungsdienst einsatzfähig ist, braucht es jedoch nicht nur charakterlich einwandfreies sowie fachlich gut ausgebildetes und instruiertes Personal, sondern auch das entsprechend notwendige Rettungsmaterial,wie Bälle, Ringe, Stangen, Beatmungsgeräte u.a.m. Fehlen diese Geräte oder sind sie mangelhaft unterhalten, so betrachten das Literatur [19]

---

(17) Ein Mädchen ertrank in einer Seebadeanstalt.

(18) Die Gemeinde Buochs haftete für den, z.T. auf eine untaugliche Aufsicht zurückzuführenden Unfall u.a. nach ZGB 55, weil die Badewärterin als Organ der Gemeinde betrachtet worden ist. Richtiger wäre m.E. die Anwendung von OR 55 gewesen, da die Angestellten einer Badenanstalt Hilfskräfte und nicht Organe sind (vgl. hiezu § 11, vorne S. 57 ff).

(19) Oftinger, II/1, S. 42

und Praxis [20] zu Recht nicht nur als ein Verschulden der Betriebsleitung der Badeanstalt, sondern auch als Werkmangel im Sinne von OR 58, denn das Rettungsmaterial stellt notwendige Zugehör dar [21].

---

(20) BGE 55 II 196

(21) vgl. § 4, Ziff. 4, vorne S. 27 f

V. AUSSCHLUSS, ERMAESSIGUNG UND REGRESS (1)

§ 15 Ausschluss der Haftung durch Befreiungsgründe

1. Terminologie

Im Interesse einer sauberen Darstellung der verschiedenen Gründe, die einen Haftungsausschluss bewirken können, sei folgendes zur Terminologie festgehalten:

Im Anschluss an Oftinger (2) und Stark (3) ist zu unterscheiden zwischen den "Entlastungsgründen" (auch Exzeptionsgründe genannt) und den "besonderen Befreiungsgründen". Da beide - obschon ihre Wirkungsweise verschieden ist - zur Befreiung von der Haftung führen, nennen wir sie "Befreiungsgründe" (4).

2. Die Entlastungsgründe

Sowohl bei den Kausalhaftungen nach OR 55, OR 58 und ZGB 679 als auch bei der Verschuldenshaftung nach OR 41 muss der Schaden auf eine adäquat kausale Ursache zurückzuführen sein (5), d.h. auf eine Ursache,"die - so Oftinger(6) -

---

(1) Diese Fragen werden hier der Vollständigkeit halber kurz skizziert, jedoch nicht näher behandelt. Vgl. dazu u.a.: Oftinger, I, S. 108 ff und 348 ff / Oftinger, II/1, S. 65 ff und 149 ff / Keller, S. 155 ff und 124 f / Stark, Entlastungsgründe / Th. Maurer

(2) a.a.O., Bd. II/1, S. 153

(3) a.a.O., Entlastungsgründe, S. 106

(4) Stark: "Befreiungsgründe im weiteren Sinne"

(5) Oftinger, I, S. 70 ff

(6) a.a.O., Bd. I, S. 72

nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken".

Fehlt der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Ursache und dem Schaden zum vornherein oder wird er unterbrochen, so besteht keine Haftung, denn es mangelt an einer Voraussetzung (7) der Haftpflicht.

Als Ursachen, die bei genügender Intensität (8) den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechen können, erscheinen die drei klassischen Entlastungsgründe:

- höhere Gewalt
  Unter dem Begriff "höhere Gewalt" versteht man heute ein mit dem Betrieb des Schuldners nicht zusammenhängendes, mit unabwendbarer Kraft von aussen einwirkendes Ereignis (9).

- Selbstverschulden
  Nach Oftinger (10) ist ein Selbstverschulden des Geschädigten dann anzunehmen, "... wenn ein für den Schaden, allein oder konkurrierend, ursächliches Verhalten vorliegt, das bei anderer Rollenverteilung ein Verschulden darstellen würde". Es handelt sich also dabei um ein Verhalten des Geschädigten, das auf die Entstehung oder Vergrösserung seines Schadens eingewirkt hat.

- Drittverschulden
  Als Drittverschulden bezeichnet man jedes schuldhafte Verhalten einer Person, die weder mit dem Haftpflichti-

---

(7) Weitere Voraussetzungen sind: Schaden, Widerrechtlichkeit und - bei OR 41 - das Verschulden.

(8) vgl. hiezu die einschlägigen Bemerkungen bei Th. Maurer, S. 36 ff.

(9) vgl. Oftinger, I, S. 118 / von Tuhr/Escher, S. 121 f / Stark, Entlastungsgründe, S. 145 ff

(10) a.a.O., Bd. I, S. 160

gen noch mit dem Geschädigten identisch ist [11].

Obschon diese drei Entlastungsgründe nur in Spezialgesetzen[12] erwähnt werden, nimmt die Literatur [13] an, dass sich ebenfalls sowohl der Geschäftsherr nach OR 55, der Werkeigentümer nach OR 58, der Grundeigentümer nach ZGB 679 als auch der nach OR 41 Haftpflichtige darauf berufen können. Somit kann sich auch der Betriebsinhaber einer Badeanstalt auf einen oder mehrere Entlastungsgründe berufen und sich von der Haftung befreien, falls der Entlastungsgrund genügende Intensität aufweist: Er haftet beispielsweise infolge schwerem Selbstverschulden des Geschädigten nicht nach OR 58, wenn ein Badegast trotz deutlicher Sperrung und Gefahrenhinweistafel eine Sprunganlage, deren Wasserbecken zu wenig tief ist, benützt und sich dabei eine Verletzung zuzieht [14].

3. Die besonderen Befreiungsgründe

Neben den in Ziff. 2 dargelegten, den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechenden Entlastungsgründen kann die Haftung in bestimmten Fällen [15] auch durch besondere Befreiungsgründe ausgeschaltet werden. Einen solchen besonderen Befreiungsgrund hat der Gesetzgeber in OR 55 statuiert: Der Geschäftsherr kann sich der Haftung entziehen,

---

(11) Oftinger, I, S. 168 f / Stark, Entlastungsgründe, S. 206 ff

(12) SVG 59, Abs. 1 / ELG 27, Abs. 1 / EHG 1, Abs. 1 u.a.m.

(13) Oftinger, I, S. 117 / Th. Maurer, S. 30 und 45 / Stark, Entlastungsgründe, S. 105, insbesondere N 5

(14) Ist das Sprungbecken zu wenig tief, so betrachtet dies das Bg. als Werkmangel im Sinne von OR 58 (vgl. BGE 74 II 158).

(15) Eine Berufung auf einen besonderen Befreiungsgrund ist nur dort möglich, wo es das Gesetzt vorsieht (Stark, Entlastungsgründe, S. 105)

wenn er den Nachweis der "gebotenen Sorgfalt" erbringt (16).

Obwohl dieser besondere Befreiungsgrund zum gleichen Resultat führt wie die Entlastungsgründe - nämlich zur Verneinung der Haftpflicht -, unterbricht er nicht den adäquaten Kausalzusammenhang, sondern bildet - so Stark (17) - "einen zusätzlichen Umstand, der kraft gesetzlicher Bestimmung trotz des Vorliegens aller Voraussetzungen der Haftpflicht bewirkt, dass diese nicht eintritt" (18).

---

(16) vgl. § 10, Ziff. 2 b, vorne S. 55 f

(17) a.a.O., Entlastungsgründe, S. 105; ähnlich Oftinger, I, S. 118

(18) Kann z.B. der Betriebsinhaber einer Badeanstalt nachweisen, dass er sein Personal richtig ausgewählt, instruiert und überwacht hat, so haftet er nicht nach OR 55, wenn ein Kind ertrinkt, weil der Badmeister nicht sofort die notwendigen Rettungsmassnahmen trifft.

§ 16 Die Ermässigung der Haftung

Wenn die in § 15 genannten Entlastungsgründe mangels genügender Intensität den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dessen Ursache nicht zu unterbrechen vermögen, so können sie doch rechtlich erhebliche Mitursachen der Schädigung sein, so dass das Verhalten des Haftpflichtigen nur noch eine sog. Teilursache (1) bildet. Das bewirkt folgendes: Entweder ermässigt (2) sich die Ersatzpflicht des Haftpflichtigen oder ein Teil des Schadenersatzes kann im sog. Innenverhältnis auf einen Dritten abgewälzt werden (3).

Bei Unfällen in Badeanstalten kommt insbesondere dem Selbstverschulden des Geschädigten grosse Bedeutung zu. So wird ein Unfall selten nur auf einen Werkmangel oder auf ein Fehlverhalten des Aufsichtspersonals zurückzuführen sein. Vielmehr kommt noch dazu, dass die Badegäste oft die minimalsten Vorsichtsmassnahmen missachten, obschon die Gefährlichkeit des Wassers an sich die Benützer schon zu erhöhter Vorsicht veranlassen sollte. Dies hat das Bundesgericht in BGE 64 II 199 dazu bewogen, die Ersatzpflicht des Werkeigentümers einer Badeanstalt mit folgender Begründung zu ermässigen:

> Erw. 2 .... "Die Ersatzpflicht der Beklagten wird jedoch etwas gemildert durch das dem Verunfallten zur Last fallende eigene Verschulden. Da er die Badeanlage nicht kannte, so wäre es für ihn ein Gebot der Vorsicht gewesen, sich in der Reichweite der Haltestange zu halten, als er beim Weiterschreiten

---

(1) Oftinger, I, S. 97

(2) z.B. bei einem Selbstverschulden des Geschädigten (vgl. Oftinger, I, S. 100)

(3) so beim konkurrierenden Verhalten eines Dritten, sofern dieser für den Schaden ebenfalls haftet (vgl. Oftinger, I, S. 101)

das stetige Zunehmen der Tiefe feststellen musste und ihm das Wasser schon bis an den Hals ging ... . Dagegen wiegt dieses Mitverschulden noch nicht derart schwer [4], dass die Ersatzpflicht der Beklagten deswegen zu verneinen wäre."

---

(4) Dies ist ein Hinweis, dass das schwere Selbstverschulden die völlige Entlastung bewirkt (vgl. § 15, Ziff. 2, vorne S. 75).

§ 17 Der Regress

Da der Werkeigentümer und der Geschäftsherr schlechthin für jeden Schaden haften, der infolge eines Werkmangels entsteht bzw. durch eine Hilfsperson verursacht wird, steht ihnen gestützt auf OR 58, Abs. 2 bzw. OR 55, Abs. 2 der Rückgriff auf die eigentlichen Schadenstifter zu, wie beispielsweise (1) die Hilfsperson des Geschäftsherrn, den Architekten, den Bauunternehmer oder das Hilfspersonal des Werkeigentümers, das mit dem Unterhalt und der sonstigen Betreuung des Werkes beauftragt ist. Dabei gelten bei diesen Gesetzesartikeln keine besonderen Regressbestimmungen, sondern es findet die allgemeine Regel von OR 51, Abs. 2 Anwendung, wonach in erster Linie derjenige den Schaden trägt, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist (2).

Obschon in ZGB 679 nicht ausdrücklich erwähnt, steht auch dem Grundeigentümer - gestützt auf OR 51, Abs. 2 - die Möglichkeit zu, Rückgriff auf die eigentlichen Urheber des Schadens zu nehmen, vorausgesetzt, dass sich deren Verantwortlichkeit aus einem besonderen Rechtsverhältnis (3) ergibt (4). Es ist jedoch im Anschluss an Froelicher (5) zu bemerken, dass dem Rückgriffsrecht bei der Grundeigentümerhaftung eine weniger grosse Bedeutung zukommt als bei der Werk- und Geschäftsherrenhaftung. Der Geschädigte kann nämlich bei ZGB 679 nicht nur den Grundeigentümer, sondern auch den beschränkt dinglich Berechtigten oder - gewissen Autoren folgend - sogar den obligatorisch Berechtigten einklagen (6).

---

(1) vgl. Oftinger, II/1, S. 67

(2) vgl. Becker, N 14 zu OR 51 und N 18 zu OR 55 / Guhl, S. 197

(3) Vertrag, unerlaubte Handlung

(4) Froelicher, S. 108

(5) a.a.O., S. 108

(6) vgl. vorne § 9, Ziff. 2, S. 48

DRITTER TEIL : Die vertragliche [1] Haftung der Badeanstalt

I. DIE RECHTSVERHAELTNISSE ZWISCHEN EINER BADEANSTALT UND DEREN BENUETZERN

§ 1 Bei privaten Badeanstalten [2]

1. Allgemeines

Zwischen dem Betriebsinhaber einer privaten Badeanstalt und den Benützern der Anlage können die verschiedensten Rechtsbeziehungen entstehen, unter anderem eine ganze Reihe vertraglicher. So bezahlt der Benützer ein Entgelt und kann dafür die allgemeinen Einrichtungen benützen, er mietet ein Garderobenkästchen, er hinterlegt Wertsachen bei der Aufsicht und er bedient sich nicht zuletzt auch der Dienstleistungen des Badmeisters.

Es würde nun aber den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, wenn in diesem Teil all die einzelnen und möglichen Vertragsverhältnisse, wie Miete, Hinterlegung usw. juristisch analysiert würden. Vielmehr wird hier nur der "Badeanstaltbenutzungsvertrag", der zwischen dem Betriebsinhaber und dem Benützer entsteht, untersucht.

---

(1) Gemeint ist die Haftung, wenn der Vertrag zwischen dem Betriebsinhaber einer Badeanstalt und dem Benützer nicht ordentlich erfüllt wird, und nicht die Haftung, die vertraglich übernommen wird.

(2) vgl. § 4, vorne S. 9

2. Die Art des Vertrages

Im täglichen Sprachgebrauch nennt man die Gegenleistung des Benützers einer Badeanstalt entweder "Eintrittsgeld" oder "Benutzungsgebühr". Der Begriff "Eintrittsgeld" sagt juristisch jedoch wenig über die Art des zustandegekommenen Vertrages aus (3), und der Ausdruck "Benutzungsgebühr" weist wohl einen Weg - in Richtung Benutzung einer Sache -, gehört aber zum Wortschatz des öffentlichen Rechts. Während die deutsche Literatur und Praxis (4) den Vertrag zwischen einer Badeanstalt und dem Benützer als Mietvertrag betrachten, schweigen sich die schweizerische Lehre und Rechtsprechung über die Art des Rechtsverhältnisses aus. Das Bundesgericht hat nur einmal in einem unveröffentlichten Entscheid (5) folgendes festgehalten:

> "Le baigneur qui entre à la piscine moyennant finance conclut un contrat avec la Société fermière. Qu'on y voie un bail à loyer, qu'on l'assimile - vue la notion très large de l'ouvrage reçue par la doctrine et la jurisprudence (Oser/Schönenberger, N 3 ad art. 363 CO; Becker, N 8 ad art. 253 CO; RO 70 II 215) - à un contrat d'entreprise, au même titre que le contrat de spectacle qu'on le qualifie enfin de convention sui generis voisine du "Gastaufnahmevertrag", ce contrat impose dans tous les cas à la Société recourante l'obligation d'offrir aux usagers la possibilité d'utiliser ses installations sans danger, ..."

Dazu ist folgendes zu bemerken: Es scheint mir fraglich zu sein, ob man das Vertragsverhältnis als Werkvertrag

---

(3) im Gegensatz dazu z.B.: der Kaufpreis, der Mietzins

(4) Staudinger, N 21 zu § 535 und dort zitierte Gerichtsentscheide

(5) i.S. Rossier vom 31.10.1961

betrachten kann, denn nach OR 363 "verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes". Selbst wenn nach Literatur (6) und Rechtsprechung (7) das Werk auch unkörperlicher Natur (8) sein kann und der Werkbegriff deshalb recht weit gefasst ist, wird aber nach wie vor ein konkreter Arbeitserfolg, ein Resultat der Bemühungen des Unternehmers als entscheidendes Merkmal des Werkvertrages vorausgesetzt (9). Von einer solchen konstruktiven Leistung seitens der Betriebsleitung kann aber beim Badeanstaltbenutzungsvertrag nicht die Rede sein.

Auch die Annahme eines reinen Mietvertrages wäre in den meisten Fällen nicht ganz richtig, denn die Vertragspflichten des Betriebsinhabers der Badeanstalt erschöpfen sich selten nur in der Zur-Verfügung-Stellung der verschiedenen Bassins, Sprunganlagen und notwendigen Nebenanlagen,wie Garderoben, Umziehkabinen, Duschen usw. Vielmehr verpflichtet sich die Betriebsleitung gegen ein einheitliches Entgelt nebst der sicher mietähnlichen Vertragsleistung - der Zur-Verfügung-Stellung der Anlagen und Einrichtungen - noch zu anderen Leistungen, wie beispielsweise zur Ueberwachung und eventuellen Rettung der Badegäste (10) oder zur Aufbewahrung von Wertgegenständen durch die Aufsicht (11).

Der Vertrag zwischen dem Betriebsinhaber und dem Benützer wird dadurch zu einem im Gesetz nicht geregelten Vertragstypus, zu einem sogenannten Innominatkontrakt (Vertrag sui

---

(6) Oser/Schönenberger, N 2 zu OR 363 / Becker, N 4 zu OR 363

(7) BGE 83 II 529

(8) z.B. eine schauspielerische oder sportliche Darbietung

(9) Becker,N 4 zu OR 363 / Eichenberger, S. 100

(10) Auftrag nach OR 394 ff

(11) Hinterlegung nach OR 472 ff

generis) in Form eines gemischten [12] Vertrages [13].

3. Der Inhalt des Vertrages

a) Die Vertragspflichten seitens des Betriebsinhabers der Badeanstalt [14]

Im Badeanstaltbenutzungsvertrag verpflichtet sich der Betriebsinhaber in erster Linie, dem Benützer die Anlagen und Einrichtungen zum - in der Regel - entgeltlichen Gebrauch zu überlassen. Da diese Pflicht m.E. durchaus mit derjenigen des Vermieters im Mietvertrag zu vergleichen ist, scheint es mir zulässig zu sein, bei der Auslegung des Badeanstaltbenutzungsvertrages gewisse Regeln des Mietrechts analog anzuwenden. Der Betriebsinhaber hat demzufolge z.B. die Anlage dem Benützer in einem geeigneten und gebrauchsfähigen Zustand zur Verfügung zu stellen [15]. Dazu gehört - u.a. auch zur Verhinderung von Gesundheitsschäden -, dass das Wasser sauber ist, die Liegewiesen gepflegt und die Nebenanlagen, wie Duschen, Toiletten, Garderobenkästchen usw. gereinigt und funktionstüchtig sind.

---

(12) Gemischte Verträge sind Innominatkontrakte, deren Inhalt - im Gegensatz zu den zusammengesetzten Verträgen - nicht eine Verbindung einzelner an und für sich selbständiger Verträge enthält, sondern lediglich aus normierten Tatbestandselementen verschiedener Vertragstypen besteht (vgl. SJK, Nr. 1135 und Weiss, S. 11). Unter den Begriff des gemischten Vertrages fallen insbesondere auch diejenigen Tatbestände, bei denen eine Partei mehrere vertragliche Leistungen, die inhaltlich zu verschiedenen Vertragsarten gehören, gegen ein einheitliches Entgelt erbringt (Guhl, S. 293).

(13) Es ist jedoch zu bemerken, dass z.B. ein selbständiger Hinterlegungsvertrag abgeschlossen wird, wenn der Benützer für die Verwahrung seiner Gegenstände ein zusätzliches Entgelt bezahlen muss.

(14) vgl. hiezu die Ausführungen bei Kleppe, S. 173 ff in bezug auf den Skiliftvertrag, der dem Badeanstaltbenutzungsvertrag juristisch ähnlich ist.

(15) vgl. OR 254 ff (Pflichten des Vermieters)

Ueber die Zur-Verfügung-Stellung einer ordnungsgemässen gebrauchsfähigen Badeanlage hinaus übernimmt der Betriebsinhaber jedoch noch verschiedene weitere Pflichten, die insbesondere den Schutz des Benützers bezwekken. Diese Pflichten bestehen selbst dann, wenn sie im Vertrag nicht erwähnt sind, denn sie lassen sich aus dem allgemein gültigen Rechtsgrundsatz herleiten, wonach derjenige eine Schutzpflicht hat, der einen Gefahrenzustand schafft (16). Deutlich geht dies auch aus BGE 71 II 115 hervor, wo sich das Bundesgericht mit einem dem Badeanstaltbenutzungsvertrag ähnlichen Innominatkontrakt zu befassen hatte:

> "L'aubergiste qui reçoit un consommateur dans son établissement conclut avec lui un contrat sui generis (appelé dans la terminologie allemande "Gastaufnahmevertrag") qui l'oblige non seulement à lui offrir contre espèces des boissons et aliments de qualité correspondante, mais à les lui laisser consommer sur place, sans qu'il en résulte un préjudice pour sa santé ou son intégrité corporelle, et cette obligation n'est pas accessoire, elle est principale au même titre que les autres. Lors donc que le restaurateur ne prend pas toutes les mesures commandées par les circonstances pour assurer à ses hôtes la sécurité voulue, il n'accomplit pas ses obligations contractuelles." (17)

Dem Betriebsinhaber einer Badeanstalt obliegen somit - da der Benützer nicht zu unterschätzenden Gefahren ausgesetzt ist - m.E. folgende vertraglichen Schutzpflichten:

---

(16) Merz, N 269 zu ZGB 2 / Keller, S. 312 f

(17) vgl. auch BGE vom 31.10.1961 i.S. Rossier (n.pbl.), vorne § 1, Ziff. 2, S. 82

aa) bauliche Erfordernisse

Vertragliche Pflicht des Betriebsinhabers ist es, dem Benützer eine Anlage zur Verfügung zu stellen, die dessen Sicherheit in ausreichendem Masse Rechnung trägt. Da Badeanlagen als Werke im Sinne von OR 58 zu betrachten sind (18), und der Werkeigentümer verpflichtet ist, alles vorzukehren, was erforderlich erscheint, "um ein ordnungsgemässes - und namentlich ein sicheres - Bestehen, Funktionieren und Gebrauchtwerden des Werkes zu gewährleisten" (19), können an den Betriebsinhaber die gleichen Anforderungen aus Vertrag gestellt werden wie an den Werkeigentümer nach OR 58. Für die spezifischen Anforderungen bezüglich der baulichen Einrichtungen einer Badeanstalt kann deshalb auf § 4 (20) verwiesen werden.

bb) Aufsicht

Die ständige Ueberwachung der Badegäste bei der Benutzung der Anlagen, insbesondere der Schwimmbecken und der Sprungtürme, als Orte der grössten Unfallgefährdung (21) ist unerlässlich, denn nur durch eine sorgfältige Aufsicht und ein entsprechendes Eingreifen seitens des Personals können Unfälle verhindert oder in ihren Auswirkungen gemildert werden (22). Die Aufsichtspflicht nimmt deshalb unter den Schutzpflichten des Betriebsinhabers einer Badeanstalt m.E. einen der

---

(18) siehe vorne § 2, S. 14 ff

(19) Oftinger, II/1, S. 44

(20) vorne, S. 23 ff

(21) vgl. vorne § 5, S. 11

(22) vgl. Schlechtriem, S. 104: "Stürzt eine ältere kranke Dame in einem Thermalbad, weil sie einen Augenblick unbeaufsichtigt gelassen wurde, dann ist das Unternehmen (aus Vertrag) verantwortlich."

bedeutendsten Plätze ein [23].

cc) Rettungsmaterial und Rettungsdienst

Zur Sorge für die Sicherheit der Benützer einer Badeanstalt gehören auch Bereitstellung und Unterhalt von notwendigem Rettungsmaterial, wie Bälle, Ringe, Stangen u.a.m. [24]. Ebenso muss durch entsprechend ausgebildetes Personal ein gut organisierter Rettungsdienst gewährleistet sein.

b) Die Vertragspflichten seitens des Benützers der Badeanstalt

Wie vorne in lit. a) dargelegt, ist es m.E. zulässig, gewisse Regeln des Mietrechts analog beim Badeanstaltbenutzungsvertrag anzuwenden. Entsprechend OR 261 ff [25] ist der Benützer demzufolge verpflichtet, das vereinbarte Entgelt zu bezahlen und die ihm zur Verfügung gestellten Anlagen und Einrichtungen sorgfältig und ordnungsgemäss, d.h. den Betriebsregeln der Badeanstalt entsprechend, zu gebrauchen.

---

(23) Dass die Aufsichtspflicht eine grosse Rolle spielt, geht beispielsweise aus der Tatsache hervor, dass viele Eltern ihre Kinder nur in überwachte Badeanstalten gehen lassen.

(24) Das Bg. betrachtet das Fehlen des notwendigen Rettungsmaterials auch als Werkmangel im Sinne von OR 58 und sieht für Unfälle, die auf untaugliches Rettungspersonal zurückzuführen sind, nicht nur vertragliche, sondern zu Recht auch ausservertragliche Haftungsnormen (ZGB 55 bzw. OR 55) als erfüllt an (vgl. BGE 55 II 196 ff und § 14, Ziff. 2, lit. b), Abs. bb), vorne S. 71 ff)

(25) Pflichten des Mieters

§ 2 Bei öffentlichen Badeanstalten

1. Allgemeines

Unbeschadet der Tatsache, dass eine öffentliche Anstalt - eine öffentliche Badeanstalt kann als solche betrachtet werden [1] - eine Erscheinung des öffentlichen Rechts ist, kann ihr Verhältnis zu den Benützern sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur sein [2]. Anhand welcher Kriterien ist nun zu entscheiden, ob das Benutzungsverhältnis den Regeln des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts untersteht?

Nach der vom Bundesgericht in konstanter Praxis vertretenen Ansicht sind die Beziehungen zwischen einer öffentlichen Anstalt und deren Benützern dann öffentlich-rechtlich, wenn sie ein "besonderes Gewaltsverhältnis" begründen, kraft dessen die Anstalt gegenüber dem Benützer mit "obrigkeitlicher Gewalt" ausgestattet ist [3]. Das Bundesgericht stellt somit bei der rechtlichen Würdigung des Benutzungsverhältnisses grundsätzlich auf die Subjektionstheorie ab: Besteht zwischen den Beteiligten ein Verhältnis der Koordination, liegt ein privatrechtliches Benutzungsverhältnis vor; stehen Anstalt und Benützer hingegen in einem Subordinationsverhältnis, sind ihre Rechtsbeziehungen nach öffentlichem Recht zu beurteilen [4]. Wann ein Subordinationsverhältnis vorliegt und wann nicht, ist dabei in jedem einzelnen Falle anhand der konkreten Umstände zu entscheiden [5].

---

(1) siehe vorne § 3, S. 5 ff

(2) Forsthoff, S. 412

(3) vgl. BGE 83 I 123 / 76 II 104 / 47 I 249

(4) Arpagaus, S. 81

(5) vgl. BGE 76 II 104 f

Als Anhaltspunkt zur Annahme eines Gewaltsverhältnisses wurde früher grundsätzlich auf den Zweck des Betriebes abgestellt [6]. Hatte dieser eine öffentliche Aufgabe im öffentlichen Interesse und Gemeinwohl zu erfüllen, so galt das Benutzungsverhältnis als öffentlich-rechtliches; verfolgte die Anstalt andererseits einen Erwerbszweck oder eine Gewinnabsicht, so betrachtete man das Verhältnis zwischen Anstalt und Benützer als privatrechtliches [7].

Dass indessen diese Kriterien nicht allein entscheidend sein können, zeigt die neuere Lehre und Praxis [8]; sie stellt im wesentlichen darauf ab, ob im Verhältnis zwischen Anstalt und Benützer Platz für eine freie rechtsgeschäftliche Gestaltung bleibt, d.h. ob unter den Parteien individuelle Vereinbarungen getroffen werden können oder nicht. Besteht eine solche Möglichkeit, sind die Normen des Obligationenrechts anzuwenden, während andernfalls das öffentliche Recht massgebend ist. Dabei besteht der Unterschied zwischen einem öffentlich-rechtlichen und einem privatrechtlichen Benutzungsverhältnis in folgendem:

Beim privatrechtlichen Benutzungsverhältnis entsteht ein Vertrag [9], der in jeder Hinsicht dem Privatrecht untersteht. Die Willenseinigung umfasst einerseits die individuell vereinbarten Anstaltsleistungen und andererseits das zwischen den Parteien abgemachte Entgelt.

Eine Unterordnung gegenüber der Anstalt ist nicht möglich, und die Anstaltsleistungen können auch nicht durch die An-

---

(6) Giacometti, Grenzziehung, S. 44

(7) Imboden,II, S. 1033 f

(8) vgl. Imboden,II, S. 1034 / Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 202 a / Grisel, S. 118 f / BGE 98 I a 521 / BGE 76 II 105 / ZBJV 109, S. 329 f

(9) Imboden,II, S. 1035

staltsleitung einseitig abgeändert werden, ausser der Benützer würde beim Vertragsabschluss einer persönlichen Unterordnung zustimmen. Massgebend sind also allein die vertraglichen Abmachungen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass die Anstalt in der Form allgemeiner Geschäftsbedingungen zum vornherein die Voraussetzungen festhält, unter denen sie die Benutzung gewähren will. Im Rahmen eines privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses ist die Anstalt jedoch frei, wie weit sie im konkreten Fall ihre Geschäftsbedingungen den besonderen Bedürfnissen des einzelnen Anstaltsbenützers anpassen will, da der Inhalt der gegenseitigen Rechtsbeziehungen wesentlich durch Angebot und Nachfrage bestimmt wird (10). Kommt die Anstalt ihren, aus dem Vertrag entstehenden, Pflichten nicht nach und erleidet der Benützer deswegen einen Schaden, so steht ihm die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Klage auf Schadenersatz wegen unterbliebener oder mangelhafter Vertragserfüllung offen (11).

Anders verhält es sich bei einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis: Hier kommt kein Vertrag zwischen Anstalt und Benützer zustande, sondern das Verhältnis entsteht durch einseitige Verfügung (12) seitens der Anstalt (13).

Die auch hier notwendige Willenseinigung (14) bezieht sich nicht auf die Einzelheiten des Rechtsverhältnisses wie

---

(10) Arpagaus, S. 82

(11) siehe hinten § 4, Ziff. 3, S. 98 ff

(12) Eine Notwendigkeit, sich für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu bedienen, besteht nicht, denn wenn eine rechtsgeschäftliche Regelung angestrebt wird, kann ohne weiteres das Privatrecht herangezogen werden (Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 203 a).

(13) Forsthoff, S. 505 / Wolff, S. 337

(14) Nawiasky, S. 197

beim Vertrag, sondern nur auf die Inanspruchnahme der Anstaltsleistungen, wie sie in der Benutzungsordnung festgelegt sind, und auf die Zulassung zur Anstalt [15]. Die Anstaltsleistungen sind in der Benutzungsordnung genau festgehalten; eine Abweichung davon ist nicht gestattet. Eine Zulassung oder eine Anstaltsleistung, die im Widerspruch zur Benutzungsordnung steht, ist nicht bindend und kann jederzeit bei Aufdeckung des Mangels rückgängig gemacht werden. Auch die Gegenleistung des Benützers ist zum voraus genau bestimmt. Nicht nur im täglichen Sprachgebrauch, sondern auch in der juristischen Terminologie spricht man hier von einer "Gebühr" und versteht darunter ein "Entgelt für eine bestimmte vom Pflichtigen (Benützer) veranlasste Amtshandlung oder für die Benutzung einer öffentlichen Anstalt" [16]. Da die Gebühren als eine Art von öffentlichen Abgaben - gleich wie die Steuern - in einem Gesetz oder einer Verordnung vorgesehen und betragsmässig bestimmt sein müssen,sind beide Parteien an den festgesetzten Betrag gebunden [17]. Weil sich Benützer und Anstalt nicht als koordnierte Subjekte gegenüberstehen, sondern der Benützer untergeordnet ist, stehen der Betriebsleitung zur Durchsetzung der Anstaltsordnung hoheitliche Zwangsbefugnisse zu [18]. So kann sie beispielsweise - allenfalls mit brachialer Gewalt - Störer ausweisen. Weisen die Anstaltsleistungen Mängel auf, d.h. widersprechen sie der Benutzungsordnung, kann keine zivilrechtliche Klage aus dem Benutzungsverhältnis erhoben werden; dem Benützer steht nur eine Beschwerde bei der Anstaltsleitung bzw. bei deren Aufsichtsbehörde zu [19].

---

(15) Nawiasky, S. 198

(16) BGE 90 I 80/81; ähnlich Schwarzenbach, S. 188 und Grisel, S. 120

(17) vgl. BGE 93 I 634

(18) Forsthoff, S. 505 f

(19) Nawiasky, S. 199

2. Das Benutzungsverhältnis bei öffentlichen Badeanstalten

Gestützt auf die in Ziff. 1 dargestellte neuere Lehre und Rechtsprechung, wonach das Benutzungsverhältnis zwischen einer öffentlichen Anstalt und deren Benützern dann öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn eine Anstaltsordnung vorhanden ist, die keinen Spielraum für individuelle vertragliche Vereinbarungen unter den Parteien gewährt, und seitens der Anstalt gewisse hoheitliche Zwangsbefugnisse bestehen, ist das Rechtsverhältnis zwischen einer öffentlichen Badeanstalt und deren Besuchern m.E. in der Regel dem öffentlichen Recht zu unterstellen (20).

Diese Auffassung stützt sich einerseits auf den allgemein gültigen Grundsatz, wonach immer dann ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis vermutet wird, wenn nicht auf Grund des Anstaltsreglementes ein privatrechtliches Verhältnis klar zum Ausdruck kommt (21), und andererseits auf die "Verordnung über die städtischen Badeanstalten und den Rettungsdienst in der Gemeinde Bern vom 5. Juni 1974" (22).

Diese Verordnung - im folgenden VBR bezeichnet - beinhaltet nebst gewissen Artikeln (23), die ohne weiteres auch als allgemeine Vertragsbestimmungen Geltung haben könnten, mehrere Vorschriften, die m.E. eindeutig auf ein hoheitli-

---

(20) Dass der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt eine gewerbliche Verrichtung im Sinne von OR 61, Abs. 2 darstellt (vgl. vorne S. 64) und die Betriebsleitung deshalb für rechtswidrige Schädigungen der Benützer nach privatrechtlichen Normen haftet, spielt keine Rolle, denn das eigentliche Benutzungsverhältnis ist vom durch eine unerlaubte Handlung begründeten Rechtsverhältnis zwischen Anstalt und Benützer streng zu trennen (vgl. Imboden, II, S. 1034 f).

(21) Forsthoff, S. 505

(22) Sie ist stellvertretend für viele ähnliche Badeanstaltsordnungen zu betrachten.

(23) z.B. Art. 8 (besondere Verhaltensregeln) und Art. 10 (Baderegeln)

ches Verhältnis hindeuten:

So schreibt beispielsweise VBR 4 (Zutritt) vor, wer die städtischen Badeanstalten benützen darf bzw. wer nicht zugelassen wird, und VBR 5 (Eintrittsgebühr) schafft die gesetzliche Grundlage zur Erhebung einer Eintrittsgebühr [24]. Nach VBR 14 (Badeaufsicht) steht das Aufsichtspersonal für die Aufrechterhaltung von Sicherheit, Ruhe und Ordnung in den Badeanstalten in den Rechten und Pflichten der Polizei und kann Störer mit Gewalt aus der Anstalt weisen, wobei die Polizeidirektion gestützt auf VBR 15 (Badeverbot) zusätzlich befugt ist, Anstaltsbenützern, die der Anstaltsordnung oder den Weisungen des Aufsichtspersonals zuwiderhandeln, ein Badeverbot von einer Dauer bis zu sechs Monaten aufzuerlegen. Weiter hält VBR 16 (Beschwerde) fest, dass über Mängel der Badeanstalten und deren Einrichtungen und gegen Fehlverhalten des Personals Beschwerde geführt werden kann, und als Inbegriff hoheitlicher Zwangsbefugnisse sieht VBR 28 (Widerhandlungen) folgende Strafbestimmungen vor: "Wer den Vorschriften dieser Verordnung oder den Weisungen der Behörden oder des Aufsichtspersonals zuwiderhandelt, wird mit einer Busse bis zu Fr. 300.-- bestraft. Strafbar ist auch fahrlässiges Zuwiderhandeln".

Abschliessend sei hier jedoch nochmals betont, dass das Benutzungsverhältnis zwischen einer öffentlichen Badeanstalt und deren Benützern nicht nur öffentlich-rechtlich sein kann, sondern dies bloss die Regel sein dürfte. Das Benutzungsverhältnis kann ohne weiteres auch dem Privatrecht unterstehen, weshalb in jedem einzelnen Fall, anhand der Benutzungsordnung und der in Ziff. 1 dieses Paragraphen festgehaltenen Kriterien, das Rechtsverhältnis ermittelt werden muss.

---

(24) vgl. vorne Ziff. 1

§ 3 Das Rechtsverhältnis zwischen Badeanstalt und "Schwarzbesucher"

1. Der Begriff des Schwarzbesuchers

Unter einem Schwarzbesucher versteht man eine Person, die sich unter Umgehung eines Eintrittsgeldes auf irgendwelche Art und Weise Zutritt in eine Badeanstalt verschafft und dort die sonst nur gegen Entgelt zur Verfügung stehenden Anlagen und Einrichtungen benützt (1). Strafrechtlich würde der Schwarzbesucher also den Tatbestand von StGB 151 (Erschleichen einer Leistung) erfüllen (2).

2. Die Art des Rechtsverhältnisses

Kubli (3) vertritt - in bezug auf einen vergleichbaren Fall - die Meinung, dass zwischen einem Schwarzbesucher einer Sportveranstaltung und dem Organisator grundsätzlich kein vertragliches, sondern höchstens ein ausservertragliches Rechtsverhältnis entsteht, weil der Schwarzbesucher keine Eintrittskarte gelöst hat. Ob diese Auffassung jedoch richtig ist, scheint mir aus folgenden Gründen fraglich zu sein:

Nach Guhl (4) und Schönenberger/Jäggi (5) entsteht nämlich - in Anlehnung an die deutsche Lehre und Praxis (6) - durch die Inanspruchnahme einer fremden Leistung, die zu typischen Bedingungen jedermann gegen Entgelt zur Verfügung gestellt

---

(1) vgl. Kubli, S. 58

(2) dazu Stratenwerth, S. 238 f

(3) a.a.O., S. 58 f

(4) a.a.O., S. 115

(5) a.a.O, N 558 ff zu OR 1

(6) vgl. Flume, S. 97 ff / Larenz, S. 448 ff / BGHZ 21, 319 ff

wird, ein sog. "faktisches Vertragsverhältnis" (7) bzw. "vertragsähnliches Schuldverhältnis" (7). Bei solchen faktischen Vertragsverhältnissen bildet die Inanspruchnahme der fremden Leistung für sich allein einen genügenden Rechtsgrund, um in allen Fällen die gleiche Rechtslage eintreten zu lassen, wie wenn ein Vertrag abgeschlossen worden wäre. Ob dabei der Benützer der Entgeltspflicht nachkommen wollte oder nicht, ist rechtlich unerheblich (8).

Aus dieser - m.E. richtigen - Ueberlegung lässt sich folgender Schluss ziehen: Da der Betriebsinhaber einer privaten - unter Umständen auch einer öffentlichen Badeanstalt, sofern das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ist - die Anlagen und Einrichtungen zu typisierten, allgemein bekannten Bedingungen jedermann zur Verfügung stellt, entsteht zwischen ihm und dem Benützer, der die angebotenen Leistungen ohne das entsprechende Entgelt in Anspruch nimmt (Schwarzbesucher), ein faktisches Vertragsverhältnis. In diesem Sinne hat auch der deutsche Bundesgerichtshof entschieden und festgehalten, dass derjenige, der die Leistungen (elektrischer Strom) eines Elektrizitätswerkes "schwarz" in Anspruch nimmt, mit dem Unternehmen in einem faktischen Vertragsverhältnis steht (9).

Da die faktischen Vertragsverhältnisse die gleichen rechtlichen Konsequenzen haben wie die "normalen" Vertragsverhältnisse, hat der Schwarzbesucher gegenüber der Badeanstalt die gleichen Rechte und Pflichten wie der redliche Benützer; insbesondere schuldet er das Eintrittsgeld, kann sich aber auch auf eine "vertragliche" Haftung berufen, wenn er selbst einen Schaden erleidet.

---

(7) vgl. zur Terminologie Schönenberger/Jäggi, N 550 zu OR 1

(8) Schönenberger/Jäggi, N 561 zu OR 1

(9) BGHZ 23, 175 ff. Das schweizerische Bundesgericht hat sich meines Wissens bis heute noch nie zu dieser Frage geäussert.

II. DIE HAFTUNGSNORMEN BEI EINEM PRIVATRECHTLICHEN VERTRAGSVERHAELTNIS ZWISCHEN BADEANSTALT UND BENUETZER

§ 4 Die Haftung nach OR 97

1. Allgemeines

Nach OR 97, Abs. 1 hat der Schuldner, wenn die Vertragserfüllung nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann, für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten. Dabei braucht der Geschädigte nur den Vertrag und die nicht vertragsgemässe Erfüllung durch den Schuldner darzutun. Der Geschädigte muss also insbesondere - im Gegensatz zur unerlaubten Handlung gemäss OR 41 ff - das Verschulden des Schädigers nicht nachweisen; es ist vielmehr Sache des Schädigers, sich zu exkulpieren (1).

Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird nach OR 99, Abs. 2 insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteile bezweckt (2). Ferner finden die Bestimmungen betreffend die Haftung für unerlaubte Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung (3), was bedeutet, dass bei der Bemessung des Schadenersatzes "sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen" (4) sind.

---

(1) Es handelt sich deshalb bei OR 97 um eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast (Keller, S. 314).

(2) Das trifft z.B. bei einer Schenkung zu, nicht jedoch beim Badeanstaltbenutzungsvertrag, falls das Eintrittsgeld einen Gewinn abwirft und nicht nur kostendeckend ist.

(3) vgl. OR 99, Abs. 3

(4) OR 43, Abs. 1

Häufig hat der Geschädigte die Möglichkeit, den Schädiger sowohl aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung zu belangen (5). In einem solchen Fall wird er normalerweise wegen der erwähnten Beweislastverteilung und nicht zuletzt infolge der wesentlich längeren Verjährungsfrist bei der vertraglichen Haftung (6) seinen Schadenersatzanspruch auf OR 97 ff stützen und OR 41 ff höchstens subsidiär zur Begründung heranziehen.

2. Die Haftungsvoraussetzungen

Damit OR 97, Abs. 1 als Haftungsnorm angerufen werden kann, muss als logische Voraussetzung zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger ein rechtsgültiger Vertrag zustandegekommen sein (7). Ob es sich dabei um einen im Obligationenrecht speziell geregelten Vertragstypus oder um einen Innominatkontrakt handelt, ist für die Frage der Haftpflicht aus Vertrag rechtlich unerheblich; für alle Vertragsarten gilt grundsätzlich die Haftungsvorschrift von OR 97, Abs. 1 (8).

Nebst dieser primären Haftungsvoraussetzung müssen noch folgende weitere Voraussetzungen erfüllt sein: Der Schuldner muss eine Vertragsverletzung begangen haben; durch die Vertragsverletzung muss ein Schaden entstanden sein; der Schaden muss mit der Vertragsverletzung in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen, und der Schädiger muss schuldhaft gehandelt haben (9).

---

(5) Ueber die Anspruchskonkurrenz vgl. hinten § 2, S. 112 f

(6) 10 Jahre gegenüber einem Jahr bei der ausservertraglichen Haftung.

(7) vgl. dazu die Bemerkungen bei Barth, S. 79

(8) Keller, S. 311

(9) vgl. Keller, S. 318 / Becker, N 6 zu OR 97 / Barth, S. 79 ff

3. Der Anwendungsbereich

a) im allgemeinen

Auf Grund des Gesetzestextes von OR 97, Abs. 1 könnte man annehmen, dass eine Ersatzpflicht des Schuldners nur bei vollständiger oder teilweiser nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung gegeben sei. Allein, diese Auslegung wäre zu eng und wird in Lehre und Praxis auch durchwegs abgelehnt. So kommen von Tuhr/Escher[10] - gestützt auf die Erklärung von Eugen Huber im Nationalrat, wonach daran festzuhalten sei, "dass der Schuldner, der nicht oder nicht gehörig erfüllt, zu Schadenersatz verpflichtet sei" [11], und gestützt auf die grammatikalische Auslegung des französischen [12] und italienischen [13] Textes - zum Schluss, dass OR 97 so zu verstehen sei, wie wenn es hiesse: "Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht bewirkt werden oder ist sie nicht gehörig bewirkt worden, so hat der Schuldner .... Ersatz zu leisten."

Gestützt auf diese Auslegung kommt OR 97 als Haftungsnorm nicht nur zur Anwendung, wenn der Schuldner einen Schaden durch die Unmöglichkeit seiner Leistung herbeiführt, sondern auch dann, wenn die Schädigung auf eine wohl erbrachte, jedoch fehlerhafte Leistung - was in der Literatur oft als sog. "positive Vertragsverletzung" bezeichnet wird [14] - zurückzuführen ist.

---

(10) a.a.O., S. 107. Gl. M. Barth, S. 7 / Neuenschwander, S. 43 / Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 163 / BGE 71 II 107 ff

(11) Sten. Bull. XIX NR, S. 533

(12) Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement ....

(13) Il debitore che non adempie l'obligazione o non la adempie nel debito modo ....

(14) vgl. von Tuhr/Escher, S. 106 und 107 und die dort gemachten Bemerkungen bezüglich des Begriffes der positiven Vertragsverletzung.

b) bei Badeanstalten

Obschon theoretisch möglich [15], kommt es in der Praxis kaum vor, dass der Betriebsinhaber einer Badeanstalt haftpflichtig wird wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung. Vielmehr sind die meisten Schäden[16], die eine Schadenersatzpflicht der Badeanstalt nach OR 97 bewirken, auf eine fehlerhafte, d.h. eine nicht gehörige Vertragserfüllung zurückzuführen. Dabei haftet der Betriebsinhaber der Badeanstalt nicht nur nach OR 97 für Schäden infolge nicht gehöriger Erfüllung der primären Vertragspflicht - der Zur-Verfügung-Stellung einwandfreier Anlagen und Einrichtungen -, sondern auch für Schäden wegen fehlerhafter Erfüllung der sekundären Vertragspflichten [17], wozu insbesondere die Verletzung vertraglicher Schutzpflichten [18] gehört [19].

Der Benützer, der mit der Badeanstalt in einem Vertragsverhältnis steht, kann deshalb nicht nur aus unerlaubter Handlung [20], sondern auch gestützt auf OR 97 Schadenersatz fordern, wenn er z.B. infolge Fehlens des notwendigen Rettungsmaterials oder infolge mangelhafter Aufsicht zu Schaden kommt oder sich eine Infektionskrankheit zuzieht, weil das Wasser in den Bassins zu wenig filtriert und desinfiziert ist [21].

---

(15) Beispiel: Eine Gruppe Invalider hat sich für das Baden auf 10 Uhr angemeldet und wird mit Taxis herbeigeführt. Der Badmeister hat jedoch die Abmachung vergessen und lässt vor 10 Uhr das Wasser im Bassin auslaufen. Die Betriebsleitung der Badeanstalt haftet hier für die entstandenen Kosten.

(16) insbesondere bei Personenschäden

(17) vgl. Barth, S. 12 f / Keller, S. 312 f

(18) vgl. § 1, Ziff. 3 a, vorne S. 84 ff

(19) Neuenschwander, S. 51 ff

(20) vgl. § 14, Ziff. 2, vorne S. 69 ff

(21) Bezüglich der Anspruchskonkurrenz vgl. § 2, hinten S.112 f

§ 5 Die Haftung für Hilfspersonen nach OR 101

1. Allgemeines

OR 101, Abs. 1 statuiert den Grundsatz, dass der Vertragspartner, der zur Erbringung seiner Vertragsleistungen Hilfspersonen heranzieht, für ein fehlerhaftes Verhalten dieser Personen einzustehen hat, wie wenn es sein eigenes wäre, denn "dem Gläubiger dürfen keine Nachteile daraus erwachsen, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht in eigener Person erfüllen kann oder erfüllen will" (1).

Während sich der Geschäftsherr bei der ausservertraglichen Haftung für Hilfspersonen nach OR 55 durch den Nachweis, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Vermeidung des eingetretenen Schadens angewendet habe oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (2), von der Haftung befreien kann, versagt dieser besondere Befreiungsbeweis bei OR 101.

Nach der in Lehre (3) und Praxis (4) vertretenen Meinung kann sich der Schuldner nur dann von der Schadenersatzpflicht befreien, wenn er beweisen kann, dass ihm selber, wenn er gleich gehandelt hätte wie die Hilfsperson, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Hilfsperson selber ein Verschulden trifft oder nicht (5).

Dieses bedingungslose Einstehen des Schuldners für das Fehlverhalten seiner Hilfspersonen bei der Vertragserfül-

---

(1) BGE 92 II 19

(2) vgl. § 10, Ziff. 2 b, vorne S. 55 f

(3) von Tuhr/Escher, S. 129 / Oftinger, II/1, S. 112

(4) BGE 92 II 19 / BGE 92 II 239

(5) Becker, N 20 zu OR 101

lung ist eine weitere [6] Verschärfung der vertraglichen Haftung gegenüber derjenigen aus unerlaubter Handlung. Stellt die schädigende Handlung nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern zugleich ein deliktisches Verhalten dar, so wird der Geschädigte deshalb regelmässig seine Schadenersatzansprüche auf OR 101 und nicht auf OR 55 stützen.

2. Die Anwendung von OR 101 bei Schäden in Badeanstalten

Der Betriebsinhaber einer Badeanstalt ist in den meisten Fällen auf Angestellte angewiesen, um seinen vertraglichen Pflichten gegenüber den Besuchern nachzukommen. Nachdem in § 11 [7] festgestellt wurde, dass die Angestellten, insbesondere auch das Aufsichtspersonal, einer Badeanstalt durchwegs als Hilfspersonen im Sinne von OR 55 zu betrachten sind, können diese auch als Hilfspersonen gemäss OR 101 angesehen werden. Der Kreis der Hilfspersonen wird hier nämlich bedeutend weiter gezogen: Als solche sind alle Personen gemeint, die mit der Leistungserbringung eingesetzt werden. Ein Subordinationsverhältnis, wie es bei der deliktischen Haftung nach OR 55 Voraussetzung ist, wird nicht gefordert [8].

Der Betriebsinhaber [9] einer Badeanstalt haftet deshalb für Schäden, die sich beim Badebetrieb ereignen und auf eine Vertragsverletzung zurückzuführen sind, vorwiegend nach OR 101. So beispielsweise dann, wenn der Badmeister seiner Aufsichts- und Rettungspflicht nicht nachkommt und deshalb jemand ertrinkt.

---

(6) Nebst längerer Verjährungsfrist

(7) vorne S. 60

(8) Guhl, S. 224 / Keller, S. 320 / von Tuhr/Escher, S. 123

(9) natürliche und juristische Personen

III. DIE BESCHRAENKUNG UND WEGBEDINGUNG DER HAFTUNG DURCH VERTRAG

§ 6 Allgemeine Grundsätze

Mit Ausnahme einzelner Spezialgesetze [1] kann im schweizerischen Recht die Haftung durch gegenseitige Uebereinkunft reduziert oder wegbedungen werden, und zwar sowohl für Sachschäden als auch für Personenschäden [2]. Dies gilt jedoch nicht unbeschränkt, sondern nur für leichtes Verschulden [3] und für das Fehlverhalten von Hilfspersonen [4].

Die Haftung kann jedoch nur durch entsprechenden Vertrag beschränkt oder wegbedungen werden. Kein solches Vertragsverhältnis schaffen Warntafeln, einseitige Erklärungen u.a.m. [5].

In der Regel wird mit der Wegbedingung der Haftung für einen Schaden aus Vertrag gleichzeitig auch die Haftung für eine konkurrierende ausservertragliche Schädigung ausgeschlossen. Unbestritten ist ein solcher paralleler Ausschluss jedoch nur für die ausservertragliche Verschuldenshaftung, nicht aber für Kausalhaftungen, wie beispielsweise OR 55 oder OR 58. Während Becker [6] und Oftinger [7], dem Bundesgericht [8] fol-

(1) SVG / EHG / ELG

(2) Oftinger, I, S. 465

(3) OR 100, Abs. 1

(4) OR 101, Abs. 2

(5) Eichenberger, S. 113. Solche Anschriften sind höchstens unter dem Gesichtspunkt eines Selbstverschuldens des zuwiderhandelnden Geschädigten zu betrachten.

(6) a.a.O., N 7 zu Vorbemerkungen zu OR 41 - 61

(7) a.a.O., Bd. I, S. 490

(8) BGE vom 7.2.33 i.S. Buchwalder (n.pbl.); zusammengefasst in BGE 60 II 345

gend, auch die Wegbedingung der Kausalhaftungen, insbesondere der Werkeigentümerhaftung nach OR 58, zulassen, betrachten Oser/Schönenberger [9], Gautschi [10] und zum Teil auch Neuenschwander [11] die ausservertragliche Haftung als zwingend und lehnen deshalb eine Wegbedingung ab. Eine Zwischenlösung vertreten Schnyder von Wartensee [12] und Eichenberger [13]. Nach ihnen ist - wohl zutreffend - ausschliesslich auf den Parteiwillen bzw. die Vertragsauslegung abzustellen. Sie bejahen somit die Möglichkeit, dass mit der Wegbedingung der vertraglichen Haftung auch die ausservertraglichen Verschuldens- und Kausalhaftungen wegbedungen werden können, sofern dies dem Willen der Parteien entspricht und kein Verstoss gegen die guten Sitten [14], wie namentlich eine Verletzung in den Persönlichkeitsrechten nach ZGB 27, Abs. 2 oder ein Verstoss gegen Treu und Glauben, vorliegt. Diese Regelung entspricht dem Grundsatz der allgemeinen Vertragsfreiheit und schützt m.E. - infolge der richterlichen Ueberprüfbarkeit auf die erwähnten Verstösse - den Geschädigten genügend.

Formvorschriften für die Wegbedingungsklausel bestehen nicht. Zum Schutze des Geschädigten ist es aber unerlässlich, dass sein Wille zur Haftungswegbedingung oder -beschränkung beim Vertragsabschluss deutlich wird, so dass zweifelhafte oder stillschweigende Haftungswegbedingungen als nicht erfolgt zu betrachten sind [15].

---

(9) a.a.O., N 19 zu Vorbemerkungen zu OR 41 - 61

(10) a.a.O., Festgabe Oftinger, S. 13/14

(11) a.a.O., S. 103 ff

(12) a.a.O., S. 70

(13) a.a.O., S. 114

(14) vgl. diesbezüglich Oftinger, I, S. 468

(15) vgl. die Beispiele für fragwürdige Klauseln bei Ackermann, S. 31 ff

§ 7 Die Wegbedingung der Haftung im Verhältnis zwischen Badeanstalt und Benützer

1. Die Form der Wegbedingungsklausel

Normalerweise erhält der Benützer einer Badeanstalt nach Bezahlung des Eintrittsgeldes ein Billett. Dieses stellt nach allgemeiner Auffassung kein Wertpapier dar, sondern ist lediglich eine Beweisurkunde für den abgeschlossenen Vertrag (1). Entsprechend knapp ist denn auch meistens der Aufdruck auf den Eintrittskarten: Eintrittspreis, Datum und oft eine Haftungswegbedingungsklausel.

Damit aber die Haftungswegbedingungsklausel vom notwendigen Konsens beim Vertragsabschluss überhaupt erfasst werden kann, muss sie gut erkennbar oder zumindest typisch sein (2). Der Vertragsabschluss zwischen Badeanstalt und Benützer kommt aber normalerweise so zustande, dass der Benützer den Eintrittspreis bezahlt und dann das Billett erhält. Von einer eventuellen Klausel, die die Haftung wegbedingt, erhält er also erst Kenntnis nach Vertragsabschluss. Nach Oftinger (3) sind aber gerade "nach Vertragsabschluss erfolgende Kundgaben (z.B. auf Eintrittskarten, Fahrkarten, Rechnungen, Quittungen, Garderobenmarken) verspätet und wirkungslos". Eichenberger (4) kommt deshalb zum Schluss, dass der Aufdruck der Haftungswegbedingung allein auf dem Eintrittsbillett nicht genügt und dem Besucher (5) demzufolge auch die vorbehaltslose Annahme der Eintrittskarte nicht schadet.

---

(1) BGE 80 II 34 / Eichenberger, S. 117 f / Kubli, S. 41

(2) Oftinger, I, S. 467

(3) a.a.O., Bd. I, S. 467

(4) a.a.O., S. 118

(5) Bei Eichenberger handelt es sich um Besucher einer Sportveranstaltung, was m.E. jedoch nichts ändert.

Aus dieser - m.E. richtigen - Auffassung lässt sich folgendes ableiten: Will die Betriebsleitung einer Badeanstalt die Haftung wegbedingen oder beschränken, so muss die Wegbedingungsklausel dem Benützer auf jeden Fall vor dem Vertragsabschluss betreffend Benutzung der Anlagen bekannt gemacht werden; dies kann beispielsweise durch Anschläge oder Hinweisplakate an der Kasse geschehen.

2. Die Folgen der Wegbedingung

Der Betriebsinhaber einer Badeanstalt kann die Haftung für Schäden infolge einer Vertragsverletzung in keinem Falle unbeschränkt wegbedingen. Selbst bei einer Formulierung wie "jede Haftung wird abgelehnt", gilt das gemäss OR 100 nur für sein eigenes leichtes Verschulden und gemäss OR 101, Abs. 2 für das Verschulden seiner Hilfspersonen.

Gerade bei Badeanstalten stellt sich aber m.E. die Frage, ob mit der Wegbedingung der Haftung für Schäden aus Vertrag gleichzeitig auch die Werkeigentümerhaftung nach OR 58 entfällt, sind doch recht viele Unfälle auf einen Werkmangel zurückzuführen (6). Wenn der Benützer mit einer Haftungswegbedingung einverstanden ist, und da das Bereitstellen von werkmängelfreien Anlagen, wie Bassins, Sprungtürmen usw. zur vertraglichen Verpflichtung der Badeanstalt gegenüber dem Benützer gehört (7), muss m.E. angenommen werden, dass mit der Wegbedingung der Haftung für Schäden infolge einer Vertragsverletzung auch OR 58 als Haftungsnorm entfällt. Andernfalls wäre die Wegbedingung der vertraglichen Haftung illusorisch, denn der Geschädigte könnte den Betriebsinhaber der Badeanstalt infolge der Wegbedingungsklausel wohl nicht aus Vertrag haften lassen, je-

---

(6) vgl. BGE 55 II 194 / BGE 64 II 198 / BGE 74 II 155 / BGE vom 31.10.61 i.S. Rossier (n. pbl.)

(7) vgl. § 1, Ziff. 3 a, vorne S. 84

doch seine Schadenersatzforderung gestützt auf OR 58 geltend machen, was nicht der Zweck einer Wegbedingung der Haftung ist. Dem Geschädigten steht allerdings gemäss den Ueberlegungen in § 6 (8) der Beweis offen, dass mit der Wegbedingung der vertraglichen Haftung die Werkeigentümerhaftung nach OR 58 nicht auch ausgeschlossen werden sollte, so dass er trotz Wegbedingung der vertraglichen Haftung einen Schadenersatzanspruch gestützt auf OR 58 stellen kann.

---

(8) vorne S. 102 f

IV. DIE HAFTUNG DES GEMEINWESENS BEIM OEFFENTLICH-RECHTLICHEN BENUTZUNGSVERHAELTNIS ZWISCHEN BADEANSTALT UND BENUETZER

§ 8 Allgemeine Grundsätze

Ist das Rechtsverhältnis zwischen einer öffentlichen Anstalt und deren Benützern öffentlich-rechtlicher Natur, so haftet das Gemeinwesen bei Schädigungen der Anstaltsbenützer normalerweise nicht nach privatrechtlichen Normen, sondern nach den für den Kanton oder die Gemeinde massgebenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Fehlt es an einer spezifischen Haftungsnorm des Gemeinwesens, so besteht keine Schadenersatzpflicht, denn das Privatrecht findet in Ermangelung öffentlich-rechtlicher Haftungsnormen grundsätzlich keine subsidiäre Anwendung (1).

Die öffentlich-rechtliche Haftung, die sog. Staatshaftung des Gemeinwesens, kann dabei wie folgt ausgestaltet sein (2):

- Originäre Staatshaftung: Der Geschädigte kann nur das Gemeinwesen und nicht den Beamten oder Angestellten, der den Schaden verursacht hat, haftbar machen.
- Subsidiäre Staatshaftung: Der Geschädigte kann grundsätzlich das Gemeinwesen haftbar machen, jedoch erst dann, wenn der Beamte oder Angestellte für den von ihm angerichteten Schaden nicht aufkommen kann.
- Solidarische Staatshaftung: Der Geschädigte kann wahlweise entweder das Gemeinwesen oder den fehlbaren Beamten oder Angestellten belangen.

---

(1) Imboden, II, S. 712

(2) vgl. Grisel, S. 417 ff / Giacometti, S. 523 / Schwarzenbach, S. 191 f

§ 9 Die Haftung bei Badeanstalten

In § 2, Ziff. 2 wurde festgestellt, dass das Rechtsverhältnis zwischen einer öffentlichen Badeanstalt und deren Benützern in der Regel öffentlich-rechtlicher Natur ist (1). Dennoch haftet das Gemeinwesen für Schäden zum Nachteil von Badeanstaltsbenützern nicht nach einer im vorangehenden Paragraphen dargelegten öffentlich-rechtlichen Haftungsnorm; der Betrieb einer öffentlichen Badeanstalt stellt nämlich eine "gewerbliche Verrichtung" im Sinne von OR 61, Abs. 2 dar (2).

Das hat zur Folge, dass gestützt auf OR 61, Abs. 2 das Bundesprivatrecht, insbesondere die obligationenrechtlichen Vorschriften bezüglich unerlaubter Handlungen, Anwendung finden (3). Der Benützer einer öffentlichen Badeanstalt kann sich deshalb - gleich wie der Benützer einer privaten Badeanstalt - auf privatrechtliche Haftungsnormen stützen, wenn er einen Schaden erleidet, für den die Betriebsleitung der Badeanstalt einzustehen hat.

---

(1) vgl. vorne S. 92 f

(2) vgl. § 12, Ziff. 2, vorne S. 62 ff

(3) vgl. Imboden, II, S. 712 und S. 1035

VIERTER TEIL : Die Mehrheit von Haftungsgründen beim Betriebsinhaber einer Badeanstalt

§ 1 Die Kollision von OR 41 und einer Kausalhaftungsnorm des OR oder ZGB

Nicht immer haftet der Betriebsinhaber einer Badeanstalt für eine unerlaubte Handlung ausschliesslich gestützt auf eine Kausalhaftungsnorm, wie OR 55, OR 58 oder ZGB 679. Sehr oft trifft ihn auch ein Verschulden, so dass ebenfalls die Voraussetzungen der ausservertraglichen Verschuldenshaftung nach OR 41 erfüllt sind. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Geschädigte seinen Ersatzanspruch sowohl auf die Kausal- als auch auf die Verschuldenshaftungsnorm stützen könne oder ob die Anwendung von OR 58 bzw. OR 55 oder ZGB 679 die gleichzeitige Berufung auf die generelle ausservertragliche Haftungsbestimmung von OR 41 ausschliesse. Dazu folgendes:

Oftinger [1] und Portmann [2] vertreten die Meinung, dass die Gesetzesvorschriften, in denen eine Kausalhaftung angeordnet ist, als "leges speciales" im Verhältnis zu OR 41 zu betrachten sind. Gestützt auf den Grundsatz "lex specialis derogat legi generali" kommen sie deshalb zum Schluss, dass OR 41 als generelle ausservertragliche Haftungsvorschrift nur dann angerufen werden kann, wenn aus irgendeinem Grunde [3] keine Spezialnorm (OR 55, OR 58, ZGB 679) Anwendung findet.

---

(1) a.a.O., Bd. I, S. 481

(2) ZBJV 90, S. 1 ff, insbesondere S. 22 ff

(3) z.B. fehlende Haftungsvoraussetzungen wie beispielsweise kein Werkmangel bei OR 58

Während Rothenhäusler [4], Oser/Schönenberger [5] und die ältere Bundesgerichtspraxis [6] die erwähnte Theorie grundsätzlich ablehnen und eine Gesetzeskonkurrenz zulassen, nimmt die neuere Bundesgerichtspraxis zu diesem Problem sehr differenziert Stellung: Liegt ein Verschulden des Haftpflichtigen vor, ist dieses aber noch in der Kausalhaftung enthalten, so entfällt OR 41 als Haftungsnorm, und es ist nur die Berufung auf die Kausalhaftung möglich. In diesem Sinne BGE 80 II 250 f:

> ".... le Tribunal fédéral a jugé que, dans les rapports extracontractuels l'ommission d'instruire et de surveiller suffisamment ses ouvriers constituait exclusivement la cause de responsabilité prévue à l'art. 55 CO (RO 77 II 248). Une telle négligence n'entraîne donc pas une responsabilité aquilienne fondée sur l'art. 41 CO."

Trifft andererseits den Haftpflichtigen ein so grosses Verschulden, dass dieses gar nicht mehr von der Kausalhaftung als "lex specialis" erfasst werden kann, weil es über deren Bereich hinausreicht, was oft als sog. zusätzliches Verschulden bezeichnet wird [7], lässt das Bundesgericht sowohl die entsprechende Kausalhaftungsvorschrift als auch OR 41 als Haftungsnorm zu. Deutlich geht dies aus BGE 91 II 189 f [8] hervor:

> "La passivité de la recourante constitue en outre

---

(4) a.a.O., S. 41

(5) a.a.O., N 12 zu OR 58

(6) BGE 47 II 429 / BGE 55 II 86

(7) vgl. Oftinger,II/1, S. 18 f und S. 115 / Keller, S. 290 ff

(8) Eine Gemeinde liess - trotz mehrerer Reklamationen seitens kantonaler Behörden und Privatpersonen - ungereinigte Industrieabwässer durch die Gemeindekanalisation der Allaine zufliessen. Dadurch wurde der ganze Fischbestand einer an diesem Fluss gelegenen Fischzuchtanstalt vergiftet. Der Eigentümer klagte die Gemeinde gestützt auf ZGB 679/684 und OR 41 ff auf Schadenersatz ein.

> une faute. La Cour cantonale a constaté en effet qu'à la suite des empoisonnements de l'Allaine qui ont précédé l'événement dommageable, de nombreuses réclamations avaient été présentées à la commune de Porrentruy, non seulement par des particuliers lésés, mais aussi par les autorités cantonales. Ainsi avertie des abus commis par certains usagers, la collectivité publique devait prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. Sa négligence à cet égard engage sa responsabilité en vertu des art. 41 ss. CO."

Am Ende dieses Entscheides hält das Bundesgericht zusammenfassend noch einmal fest, dass der Eigentümer der Fischzuchtanstalt die Gemeinde sowohl gestützt auf ZGB 679/684 als auch auf OR 41 ff belangen kann.

Somit kann gesagt werden, dass der Geschädigte nach der Praxis des Bundesgerichtes immer dann die Möglichkeit hat, sich entweder auf OR 41 und/oder auf eine Kausalhaftungsnorm zu stützen, wenn den Kausalhaftpflichtigen ein zusätzliches Verschulden trifft. Der Geschädigte wird in einem solchen Fall jedoch die Kausalhaftungsnorm normalerweise vorziehen, da er dann das Verschulden des Haftpflichtigen nicht nachweisen muss [9].

---

(9) vgl. § 14, vorne S. 68

§ 2 Die Kollision von vertraglichen und ausservertraglichen Haftungsgründen

Besteht zwischen dem geschädigten Benützer und dem Betriebsinhaber einer Badeanstalt ein Vertragsverhältnis [1], so kann der Geschädigte gestützt auf OR 97 ff Schadenersatz fordern, sofern die Schädigung auf einer Vernachlässigung einer vertraglichen Pflicht seitens der Badeanstalt beruht [2]. Die Vernachlässigung einer vertraglichen Pflicht stellt aber sehr oft zugleich eine unerlaubte Handlung dar, wie - gemäss der bundesgerichtlichen Praxis - dann, wenn "nicht nur eine vertragliche Verpflichtung, sondern darüber hinaus noch ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verletzt ist" [3].

Da gerade der Betrieb einer Badeanstalt nicht zu unterschätzende Gefahren in sich birgt und die Anstaltsleitung deshalb gestützt auf einen allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz auch ohne besondere Vorschrift - also auch ohne vertragliche Verpflichtung - angehalten ist, geeignete Schutzmassnahmen zu treffen [4], liegt bei einer Vertragsverletzung wegen ungenügender Sicherheitsvorkehren zum Schutze des Benützers meistens zugleich eine unerlaubte Handlung seitens der Badeanstalt vor.

Liegt im Verhalten des Schadenstifters sowohl der Tatbestand der Nichterfüllung eines Vertrages als auch gleichzeitig derjenige einer unerlaubten Handlung nach OR 41 ff, so nehmen Lehre [5] und Rechtsprechung [6] übereinstimmend an, dass der

---

(1) so bei allen privaten Badeanstalten und z.T. auch bei öffentlichen (vgl. §§ 1 und 2, vorne S. 81 ff u. 88 ff)

(2) siehe vorne S. 99

(3) BGE 64 II 259

(4) vgl. § 14, Ziff. 2, vorne S. 69

(5) Oftinger, I, S. 482 ff / Keller, S. 326 ff u.a.m.

(6) BGE 64 II 259 / BGE 91 I 239 / BGE 99 II 321

Geschädigte im Sinne einer Anspruchskonkurrenz wahlweise seinen Schadenersatzanspruch auf OR 41 ff oder auf OR 97 ff stützen kann, wobei "die Tilgung der Forderung im Rahmen des einen Haftungsgrundes sie auch hinsichtlich des anderen untergehen lässt" (7). Der Geschädigte wird jedoch in der Regel die vertragliche Haftung vorziehen, da er erstens das Verschulden des Schädigers nicht zu beweisen hat (8) und sich zweitens eine längere Verjährungsfrist (9) zunutze machen kann.

---

(7) Oftinger, I, S. 485

(8) Der Verschuldensnachweis würde allerdings auch bei einer Kausalhaftungsnorm wegfallen.

(9) OR 127: 10 Jahre gegenüber OR 60: 1 Jahr